



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO *STRICTO SENSU***  
**MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**BERNARDO MONTALVÃO VARJÃO DE AZEVÊDO**

**O ATO DE DECISÃO JUDICIAL: UMA IRRACIONALIDADE  
DISFARÇADA**

**Salvador**  
**2009**

**BERNARDO MONTALVÃO VARJÃO DE AZEVÊDO**

**O ATO DE DECISÃO JUDICIAL: UMA IRRACIONALIDADE  
DISFARÇADA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. PhD Nelson Cerqueira

**Salvador  
2009**

A994	<p data-bbox="451 1377 1245 1497">Azevêdo, Bernardo Montalvão Varjão de O ato de decisão judicial: uma irracionalidade disfarçada / por Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo – 2009. 265 f.</p> <p data-bbox="451 1524 1245 1612">Orientador: Prof. Dr. Nelson Cerqueira. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia Faculdade de Direito, 2009.</p> <p data-bbox="451 1671 1245 1743">1. Direito-Filosofia 2.Retórica 3. Ontologia 4. Hermenêutica (Direito) I.</p> <p data-bbox="451 1751 1245 1780">Universidade Federal da Bahia.</p> <p data-bbox="915 1808 1245 1841">CDU – 340.12</p>
------	--

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**BERNARDO MONTALVÃO VARJÃO DE AZEVÊDO**

### **O ATO DE DECISÃO JUDICIAL: UMA IRRACIONALIDADE DISFARÇADA**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. PhD Nelson Cerqueira

---

Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim

---

Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Salvador, de de 2009

À linguagem, pela certeza de minha irracionalidade!

A minha mãe, Rosa Virgínia, e a meu pai, Luis Augusto, pela relação transcendental que nos une por toda a vida e para além da morte. A meus irmãos, Karla e Samuel, por serem parte fundamental da minha existência. A minha vovó, pelo espelho que é para minha história de vida. A meu avô Arlindo, simplesmente por ser meu vô, onde quer que ele esteja. A Mi, por ser a fonte do brilho que trago nos olhos. E a nossa pequena Sophia..., razão maior de minha existência...

Onde quer que eu vá, levo vocês no olhar...

## TABACARIA

Não sou nada.

Nunca serei nada.

Não posso querer ser nada.

À parte isso, tenho em mim todos os sonhos do mundo.

[...]

O mundo é para quem nasce para o conquistar

E não para quem sonha que pode conquistá-lo, ainda que tenha razão.

Tenho sonhado mais que o que Napoleão fez.

Tenho apertado ao peito hipotético mais humanidades do que Cristo,

Tenho feito filosofias em segredo que nenhum Kant escreveu.

Mas sou, e talvez serei sempre, o da mansarda,

Ainda que não more nela;

Serei sempre o que não nasceu para isso [...]

Álvaro de Campos, 15-1-1928 (Fernando Pessoa).

O santo com o qual Deus se encanta é um castrado ideal.  
A vida humana termina onde o “reino de Deus” começa...  
(NIETZSCHE, Friedrich. **Moral como Antinatureza.**  
Tradução: André Dísore Cancian. Disponível em:  
<[http://ateus.net/ebooks/acervo/moral\\_como\\_antinatureza.pdf](http://ateus.net/ebooks/acervo/moral_como_antinatureza.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2008, p.2).

## RESUMO

O ato de decisão judicial é analisado, inicialmente, enquanto ato humano. Nesse momento, então, examina-se o problema do abismo gnosiológico, das concepções de linguagem, das concepções de ser humano, do livre arbítrio e da questão relativa à existência humana. Após isso, estuda-se o ato de decisão judicial sob os prismas da modernidade e da pós-modernidade, de sorte a discutir com maior profundidade o problema da racionalidade. A seguir, o ato de decisão judicial é analisado sob as perspectivas da Objetologia e da Retórica, momento no qual o ato de decisão judicial é apreciado quer sob o ângulo da linguagem, quer sob a perspectiva do discurso, dentre outros aspectos. No instante seguinte, o ato de decisão judicial é avaliado sob o prisma da Ontologia, abordando-se, dentre outros aspectos, as questões do entimema e da ascese. Descobre-se, então, o caráter irracional do ato de decisão judicial. E, no momento derradeiro do trabalho, o ato de decisão judicial é estudado a partir das relações que ele mantém com a norma e como tais relações são úteis a sustentar a irracionalidade de tal ato. Relações essas que se desdobram entre os elementos que compõem à norma, quais sejam, o texto, o caso e o valor. Valor este sempre controlado por uma ideologia.

**Palavras-chave:** Ato de decisão judicial; Retórica; Ontologia; Irracionalidade; Norma.

## ABSTRACT

The act of judicial decision is considered, initially as a human act. At that time, then examines the problem of the abyss gnosiológico, the concepts of language, the conceptions of human being's free will and the issue related to human existence. After that, studying is the act of judicial decision under the prism of modernity and post-modernity, discussing the fate in greater depth the problem of rationality. Then, the act of a court decision is reviewed under the perspective of Objetologia and Rhetoric, in which time the act of judicial decision is considered both from the perspective of language, either from the perspective of speech, among other things. The next instant, the act of judicial decision is evaluated in the light of the ontology, be addressed, among other things, the issues of entimema and asceticism. Find it, then, the irrational character of the act of judicial decision. And at last work, the act of judicial decision is studied from the relationship he has with the standard and how such relationships are useful to support the irrationality of such an act. These relationships that unfold between the elements that make up the standard, which is the text of the case and value. This value always controlled by an ideology.

**Key-words:** Act of judicial decision; Rhetoric; Ontology; Irrationality; Standard.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL: O JUIZ É UM SER HUMANO</b>	19
1.1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E O ABISMO GNOSIOLÓGICO	20
1.2 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E AS CONCEPÇÕES DE LINGUAGEM	26
1.3 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E AS CONCEPÇÕES DE SER HUMANO	28
1.4 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E O LIVRE-ARBÍTRIO	31
1.5 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E A EXISTÊNCIA HUMANA	34
<b>2 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL: ENTRE A MODERNIDADE E A PÓS-MODERNIDADE</b>	41
2.1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL NA MODERNIDADE	43
<b>2.1.1 Bases semânticas de uma definição de modernidade</b>	44
<b>2.1.2 Alicerces sociológicos do edifício da modernidade</b>	51
<b>2.1.3 Sociedade e procedimento (Luhmann)</b>	57
<b>2.1.4 Procedimento judicial</b>	61
<b>2.1.5 A modernidade e o seu mal-estar (Freud)</b>	64
2.2 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL NA PÓS-MODERNIDADE	74
<b>2.2.1 O cenário da pós-modernidade e o seu mal-estar (Bauman)</b>	77
<b>2.2.2 A crise de legitimidade do ato de decisão</b>	82
2.3 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E SUAS TRÊS LINHAS ESTRATÉGICAS	93
<b>2.3.1 O ato de decisão judicial e uma concepção positivista-retórica</b>	98
<b>3 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL: ENTRE A OBJETOLOGIA E A RETÓRICA</b>	103
3.1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E OS PROBLEMAS DE UMA OBJETOLOGIA	105
3.2 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E UMA POSTURA RETÓRICA	109
3.3 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL ENTRE A CIÊNCIA, A OBJETOLOGIA E A RETÓRICA	120
3.4 O ATO DE DECISÃO COMO UMA FUNÇÃO VITAL	123
<b>3.4.1 O ato de decisão judicial como ato de linguagem</b>	128
<b>3.4.2 O ato de decisão judicial como discurso</b>	137
<b>3.4.3 O ato de decisão judicial de acordo com a física</b>	147

<b>3.4.4 O ato de decisão judicial e os objetivos do processo</b>	152
<b>4 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL: POR UMA PERSPECTIVA ONTOLÓGICA</b>	154
4.1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL: UMA CONCEPÇÃO ONTOLÓGICA	155
4.2 ESCLARECIMENTOS EM TORNO DA ONTOLOGIA	161
4.3 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E OS ENTIMEMAS	167
4.4 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL NO CONTEXTO DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL	175
4.5 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E A ASCESE	188
<b>5 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL, A ESTRUTURA DA NORMA E UMA POSSÍVEL IRRACIONALIDADE</b>	191
5.1 A ESTRUTURA DA NORMA E O ATO DE DECISÃO JUDICIAL	193
<b>5.1.1 O valor e a ideologia</b>	199
<b>5.1.2 O caso e a ideologia</b>	207
<b>5.1.3 O texto e a ideologia</b>	215
<b>5.1.4 A norma: mensagem comunicada e ideologia</b>	221
<b>CONCLUSÃO</b>	225
<b>PÓS-FÁCIO</b>	229
1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E A TELEVISÃO	229
2 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E A POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DA TELEVISÃO	231
<b>REFERÊNCIAS</b>	249

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação dedica-se à análise do ato de decisão judicial. Uma análise organizada em cinco capítulos, além da introdução, da conclusão e do posfácio. Como a organização de uma dissertação não revela o motivo que a desencadeia, convém esclarecer que o problema que provoca a realização desta pesquisa é a relação que o ato de decisão mantém com a norma e de que forma esta relação pode repercutir sobre sua estrutura. Ao se defrontar com tal problema, e enfrentá-lo a partir das contribuições oferecidas pela Hermenêutica Jurídica e pela Filosofia do Direito, dentre outras áreas do conhecimento jurídico, ou não, a análise que se fará em torno do ato de decisão judicial será guiada pela hipótese de que esse ato seja, em realidade, um ato irracional disfarçado.

Nesse passo, é preciso, então, formular alguns esclarecimentos preliminares. O primeiro deles é quanto ao emprego da expressão “disfarçado”. O uso desta expressão, já no título deste trabalho, não tem como finalidade principal causar espanto ou admiração ao leitor que venha a ter contato com o mesmo, apesar de que – e isso é inegável – tal circunstância acabe acontecendo. Em realidade, o emprego do vocábulo “disfarçado” tem por escopo fazer alusão à estrutura entimemática do ato de decisão judicial, em clara referência a uma das estratégias argumentativas mencionadas por Aristóteles em sua obra dedicada à retórica<sup>1</sup>.

Como se terá oportunidade de esclarecer, quando da elaboração do quarto capítulo, o entimema é um silogismo retórico que tem como principal característica o acobertamento da real finalidade que motiva a prática de um ato, de sorte a mais facilmente convencer os sujeitos que se encontram a ele submetidos. Em outras palavras, o entimema é a estratégia retórica de mencionar apenas o necessário para convencer e, ao mesmo tempo, encobrir os reais motivos que determinam a prática do ato<sup>2</sup>. Entretanto, o entimema não é uma forma de convencimento por meio do engano, porque o magistrado, ao construir o seu ato de decisão judicial, não o faz de forma completamente consciente. Eis, então, a razão pela qual se faz uso da expressão “disfarçado”.

Explicadas as razões que justificam o uso da expressão “disfarçado”, importa esclarecer, ainda, que a própria organização dessa dissertação é também lastreada na estrutura entimemática. Isto porque, nos três primeiros capítulos, não se adentrará de forma direta no

---

<sup>1</sup> ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007, *passim*. Consulte-se, ainda, CÍCERO, Marco Túlio. **Retórica a Herênio**. Tradução: Adriana Seabra e Ana Paula Celestino Faria. São Paulo: Hedra, 2005, *passim*.

<sup>2</sup> SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! Tradução: João Maurício Adeodato. **Anuário do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Recife**, n. 7. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 251-273.

problema da irracionalidade do ato de decisão judicial. Será o tema abordado, em toda a sua complexidade, a partir do final do quarto capítulo. Poder-se-ia dizer que essa estratégia acabe por comprometer a unidade da dissertação. Mas se tal argumento for levantado, o mesmo deve ser imediatamente refutado, vez que não guarda coerência com a estrutura do trabalho realizado.

Primeiro, porque o presente trabalho possui uma inafastável índole retórica. Mas o que isso significa? Significa dizer que, se o problema da irracionalidade do ato de decisão judicial fosse abordado, de forma repetitiva, desde o primeiro capítulo da dissertação, tal circunstância tornaria a sua exposição extremamente cansativa. Mas apenas isto? Não. Uma abordagem cansativa em torno da irracionalidade do ato de decisão judicial é uma abordagem altamente prejudicial à exposição dos argumentos que irão sustentar a tese aqui sufragada, o que acabaria por comprometer o momento de clímax que toda dissertação possui. Em suma, quando o texto é cansativo e a dissertação é repetitiva, o argumento perde o seu poder persuasivo.

Um outro motivo que justifica a estrutura entimemática dessa dissertação é a possibilidade de mencionar, ao longo dos três capítulos iniciais, temas relacionados ao caráter irracional do ato de decisão judicial, sem que para isso seja preciso adentrar de forma direta no tema. Ou seja, nos três primeiros capítulos, serão apresentados argumentos úteis à tese da irracionalidade do ato de decisão judicial, mas que a ela só serão correlacionados a partir do final do quarto capítulo. Esse é o caso, por exemplo, de quase todos os itens do primeiro e segundo capítulos, vez que todos eles, de forma direta ou indireta, guardam pertinência com uma possível irracionalidade do ato de decisão judicial.

O que dizer do abismo gnosiológico que inaugura o capítulo primeiro e que tem por finalidade insinuar, ainda que de forma sutil, a incapacidade do magistrado em apreender, por meio da linguagem, o caso que irá julgar? O que dizer da concepção retórica da linguagem que, ao contrário da objetológica, sustenta que a linguagem utilizada pelo magistrado não possui capacidade de capturar com fidelidade a veracidade do evento real, nem tampouco de reproduzi-lo dentro dos autos? O que dizer da exposição acerca da modernidade e da pós-modernidade no segundo capítulo e o esclarecimento mais detalhado em torno de tais conceitos e, em especial, no que toca à racionalidade cartesiana que caracteriza a modernidade?

Como já é possível perceber, apesar de os dois capítulos iniciais não mencionarem especificamente o problema da irracionalidade do ato de decisão judicial, é um equívoco

afirmar que eles não guardam pertinência com os capítulos quarto ou quinto dessa dissertação ou com o título do trabalho.

A essa altura, poderia ser feita a seguinte indagação: qual a relação do terceiro capítulo com o problema da irracionalidade abordado com maior profundidade nos capítulos quarto e quinto? Somente a circunstância de o terceiro capítulo ser dedicado a aprofundar as concepções de linguagem apresentadas no primeiro (objetológica e retórica) já explica a sua relação com o problema da irracionalidade, dada a relação entre este tema e a questão da linguagem. Mas não é apenas esta circunstância que estabelece a relação entre o terceiro capítulo e a irracionalidade do ato de decisão judicial.

O terceiro capítulo tem por objetivo também especular se a ciência, esse fruto da modernidade, possui capacidade de ofertar um caminho mais promissor ao ato de decisão judicial em tempos de pós-modernidade<sup>3</sup>. Será que o direito, entendido como ciência, tem capacidade de legitimar o ato de decisão judicial? E quanto aos objetivos do processo, os quais também são mencionados no terceiro capítulo, o que se pode esperar do ato de decisão judicial? Que ele busque a verdade dos fatos ou que ele tenha a capacidade de convencer os sujeitos envolvidos? Seja como for, algo já começa a ficar mais claro: que o terceiro capítulo também se encontra inteiramente interligado à irracionalidade do ato de decisão judicial e à relação deste com o caráter retórico da linguagem.

Mas essa relação entre o terceiro capítulo e a irracionalidade do ato de decisão judicial não termina por aqui. O terceiro capítulo utiliza-se, ainda, do exemplo proporcionado pela física defendida por Ilya Prigogine<sup>4</sup>. Uma física que não hesita em declarar o fim das certezas. Mas qual seria a relação entre esta passagem relativa à física e o problema da irracionalidade do ato de decisão judicial? Basta lembrar que, na modernidade, a física era apontada como um dos ramos mais promissores da racionalidade humana. Mas por quê? Porque a física aparentava ter a capacidade de oferecer certezas inabaláveis. Certezas que os demais ramos do conhecimento, dentre eles, o direito, não haviam alcançado. Não foi por outro motivo que Hans Kelsen, por volta da década de sessenta do século passado, viu-se tentado a formular uma Teoria Pura do direito<sup>5</sup>.

Mas o que seria uma Teoria Pura do direito? Uma tentativa de oferecer ao direito, e, por consequência, ao ato de decisão judicial, um método racional capaz de lhe propiciar

---

<sup>3</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, *passim*.

<sup>4</sup> PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas** - tempo, caos e leis da natureza. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 1996, *passim*.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, *passim*.

uma certeza inabalável. Mas como seria possível que o ato de decisão judicial alcançasse tal certeza? Eis, então, a resposta de Kelsen para a angústia por certeza do ato de decisão judicial: é preciso vinculá-lo à norma que o precede, a norma genérica. A norma que decorre do mundo do dever ser e que garante ao ato de decisão judicial a mesma certeza que a física já havia alcançado. Mas o que esperar do ato de decisão judicial norteado pelo paradigma da modernidade, quando a física declara o fim das certezas? Para onde teria ido o último vestígio de racionalidade? Esses são mais alguns argumentos a justificar a relação entre o terceiro capítulo e a hipótese que guia esta dissertação.

Quanto à relação entre o terceiro e quarto capítulos, esta se torna facilmente identificável quando se percebe que é a partir da relação entre tais capítulos que se viabiliza uma melhor distinção entre as concepções objetológica e ontológica da linguagem. Se o terceiro capítulo aprofunda o que se entende por concepção objetológica da linguagem, o quarto, por seu turno, dedica-se a esclarecer o caráter ontológico e inafastável da linguagem. Mas em que medida esta distinção mostra-se útil à irracionalidade do ato de decisão judicial? Quando se percebe que a linguagem não tem a capacidade de reproduzir com exatidão os eventos do mundo circundante, logo se conclui que é a concepção retórica da linguagem que se encontra mais bem adaptada ao ato de decisão judicial.

Mas seria essa a única contribuição decorrente da relação entre o terceiro e quarto capítulos para a tese da irracionalidade do ato de decisão judicial? Não, pois, a partir de tal relação, percebe-se uma outra feição da linguagem, a sua feição comunicativa. Uma feição que lhe confere um caráter inafastável e que, por isso, é denominada como ontológica. Eis, então, a grande contribuição dos terceiro e quarto capítulos à tese da irracionalidade do ato de decisão judicial: a percepção de que a linguagem é um fenômeno retórico-ontológico. Retórico, porque incapacitado de apreender os eventos reais a que se destina transmitir por meio da linguagem, prestando-se apenas ao convencimento dos interlocutores envolvidos no discurso. Ontológico, porque todo convencimento pressupõe uma possibilidade inafastável de comunicação<sup>6</sup>. Uma possibilidade que se faz sempre presente, mesmo quando os interlocutores não queiram comunicar-se entre si, vez que o próprio desejo de não se comunicar é uma comunicação.

Mas em que medida a distinção entre objetologia e ontologia interessa à irracionalidade do ato de decisão judicial? Esta distinção torna-se de sobremaneira relevante para a tese da irracionalidade do ato de decisão judicial quando dois aspectos da linguagem

---

<sup>6</sup> WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação**. São Paulo: Cultrix, 1973, p. 44.

ficam esclarecidos. O de que a linguagem é uma realidade inafastável e que, portanto, todo ato de decisão judicial é também um ato de linguagem. E o de que a linguagem não tem a capacidade de capturar os eventos da realidade, logo, o ato de decisão judicial norteado pela racionalidade cartesiana da modernidade é um ato em crise de racionalidade. Ora, quando se percebe que a linguagem não é mecanismo hábil a retratar os fenômenos do mundo circundante, mas apenas, e no máximo, de com eles relacionar-se, conclui-se que a racionalidade, compreendida sob a perspectiva moderna, encontra-se fundada em uma frágil premissa, qual seja, a linguagem tomada em seu sentido objetológico.

Não fosse isso suficiente, importa ainda assinalar que, mesmo que seja afastada a noção de racionalidade construída por Descartes – uma racionalidade alheia à interferência da ascese (ao querer entender emocionalmente provocado)<sup>7</sup> –, ainda assim, será difícil admitir o caráter racional do ato de decisão judicial. Mas por quê? Porque o ato de decisão judicial, considerado como ato de linguagem, nada mais é do que a combinação do caráter ontológico da linguagem – inafastabilidade da comunicação – à sua origem instintiva. Origem instintiva já salientada por Nietzsche em sua obra dedicada à retórica<sup>8</sup>. E é a partir de tais considerações que, uma vez mais, se torna possível vislumbrar a relevância do quarto capítulo para a tese da irracionalidade do ato de decisão judicial.

Convém assinalar que, quando se faz menção ao caráter instintivo da linguagem, e que será trabalhado tanto no quarto como no quinto capítulo desta dissertação, não se pretende enveredar de forma substancial pelo terreno da psicanálise. A iniciativa adotada nesta dissertação, de se debruçar sobre o caráter instintivo da linguagem, não deve ser entendida como uma pretensão de se discutir de forma consistente as obras de Sigmund Freud ou de Jacques Lacan sobre o inconsciente. Não porque tais obras não guardem conexão com a irracionalidade do ato de decisão judicial ou com o estudo do inconsciente e de seus reflexos sobre tal ato. A razão pela qual não se aprofundará uma abordagem psicanalítica em torno da irracionalidade do ato de decisão judicial é uma questão relativa ao foco de pesquisa escolhido para a presente dissertação. Um foco que, além de bem delimitado, deve encontrar-se comprometido com a viabilidade temporal da pesquisa. E qual é, então, o foco eleito por esta dissertação? A linguagem, a retórica e as contribuições que ambas podem proporcionar ao estudo mais aprofundado do ato de decisão judicial.

---

<sup>7</sup> Tema que será aprofundado no quarto capítulo.

<sup>8</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Da retórica**. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. 1. ed. Lisboa: Veja Editora, 1995, p. 71.

Com efeito, quando se afirma o caráter instintivo da linguagem e sua relação com a noção de inconsciência, não se deve confundir esta última com o significado que lhe atribui a psicanálise. Um mesmo significante (inconsciência) pode perfeitamente ser trabalhado a partir de diferentes perspectivas que lhe atribuam diferentes significados. Logo, o termo "inconsciência" que será trabalhado a partir do quarto capítulo dessa dissertação não deve ser confundido com o significado que lhe confere a psicanálise<sup>9</sup>. Não porque não haja qualquer ponto de contato entre os mesmos – o que, em verdade, existe, face o interesse de Nietzsche sobre a retórica e sua influência sobre o pensamento de Freud. Mas, sim, porque cada um dos significados demanda uma análise criteriosa, a qual somente será feita quanto à perspectiva retórico-linguística, face ao recorte epistemológico da presente pesquisa.

É ainda o recorte epistemológico deste trabalho que irá motivar o uso dos vocábulos relativos às instituições estatais, como, por exemplo, "poder judiciário", sempre em forma minúscula. Não porque se queira de alguma forma desprestigiar tais instituições, ou porque se queira desrespeitar, de forma deliberada, alguma regra da língua portuguesa. Mas, sim, porque é preciso dar às palavras a dimensão que elas possuem, isto é, a de metáforas ou metonímias do inconsciente<sup>10</sup>. Quando se adquire a consciência de que os vocábulos não são convenções linguísticas nem dádivas divinas oferecidas aos seres humanos para retratar com exatidão o mundo que os cerca, logo se percebe que todo vocábulo traz consigo uma carga valorativa sujeita às interferências da ideologia<sup>11</sup>. Mas o que isso representa? Representa que, por detrás de cada grafia maiúscula atribuída às instituições estatais, esconde-se uma ideologia que é disseminada de forma velada: a ideologia moderna de supervalorização da figura do Estado<sup>12</sup>. É certo que empregar tais vocábulos na forma minúscula não retira da linguagem seu caráter ideológico, mas não é isso que se objetiva com tal estratégia. O que se

---

<sup>9</sup> Sobre este problema, imprescindível o contato com o texto do professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei: ainda! In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, LIMAS, Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225-232. Note-se que a psicanálise de Lacan, em especial, é bastante dedicada ao estudo da linguagem, dada a relação que há entre a linguagem e o inconsciente. Se a linguagem é uma decorrência do instinto, e cada vocábulo é uma metáfora ou metonímia do inconsciente finalístico, então é possível concluir que, tanto na loucura quanto no estado de sanidade mental, o inconsciente se manifesta e que a linguagem, em cada uma dessas situações, é rearrumada a partir de lógicas distintas.

<sup>10</sup> DERRIDA, Jacques. **O animal que logo sou**. Tradução: Fábio Landa. São Paulo: Editora Unesp, 2002, *passim*.

<sup>11</sup> MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **Ideologia Alemã**. Tradução: Rubens Enderle, Nélcio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007, *passim*.

<sup>12</sup> WARAT, Luís Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, *passim*.

deseja é já anunciar, uma vez mais, a interferência que essa dissertação sofre do paradigma da pós-modernidade<sup>13</sup>.

Apesar de já ter sido noticiada a distinção entre as concepções de objetologia e ontologia da linguagem, convém, agora, aprofundar um pouco mais a análise em torno dela. O que motiva tal aprofundamento, ainda nesta introdução, é tanto a sua relação com a estrutura entimemática da dissertação quanto a sua relevância no que toca à irracionalidade do ato de decisão judicial. Tais motivações já foram razoavelmente explicadas no momento inicial desta introdução. Contudo, é preciso esclarecer, desde logo, que a distinção entre tais concepções de linguagem encontra-se sufragada na lição de João Maurício Adeodato<sup>14</sup>. Por conseguinte, será a partir da lição de Adeodato que se aprofundará um pouco mais a análise em torno dessa distinção.

É Adeodato que adverte que a “ontologia não deve ser necessariamente identificada com uma **objetologia estática**, uma teoria de objetos prontos e acabados, ensimesmados e indiferentes à relação cognoscitiva”<sup>15</sup>. Isto porque a objetologia é uma concepção da linguagem que impõe como premissa a existência de objetos prontos, universais e estáticos. E esta premissa deve-se à circunstância de que, segundo a objetologia, todo vocábulo leva consigo a essência do objeto a que se refere. Ora, se cada vocábulo retrata com exatidão a essência do objeto a que representa, todo vocábulo é estático, porque imune a qualquer interferência do sujeito que o emprega. Portanto, se o ato de decisão judicial fosse norteado por uma concepção objetológica da linguagem, tal circunstância implicaria, em última análise, que o magistrado não interferiria na sua produção, mas, sim, que seria um mero instrumento de aplicação da linguagem.

Indaga-se: é possível conferir credibilidade à tal concepção de linguagem no que toca ao ato de decisão judicial? E a resposta só pode ser negativa. Primeiro, porque tal concepção de linguagem implicaria que, diante de um mesmo caso, diferentes juízes chegassem a uma mesma norma, o que a jurisprudência dos tribunais não confirma. Segundo, porque tal concepção de linguagem parte do pressuposto de que o caso dos autos corresponde ao caso da vida, o que o abismo gnosiológico não ratifica. E, terceiro, porque tal concepção de linguagem parece ignorar a margem semântica do texto de lei e de sua utilidade pragmática.

---

<sup>13</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução: Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, *passim*.

<sup>14</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, *passim*.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 249. O autor utiliza a expressão em negrito, por isso a mesma foi reproduzida também em negrito.

Por tudo isso, o ato de decisão judicial não se pode ver vinculado à tal concepção de linguagem.

Mas o que se pode entender por uma concepção ontológica da linguagem? Uma concepção que compreenda a linguagem como uma realidade inafastável da existência humana e, por conseguinte, do ato de decisão judicial. E que característica da linguagem a tornaria irrefutável? A sua capacidade inquestionável de comunicar, mesmo quando o interlocutor não deseje estabelecer uma comunicação. Ora, se a comunicação é inerente à linguagem, apesar de improvável, então, todo o ato de decisão judicial é um ato de linguagem, vez que sempre comunica algo. Surge, assim, a concepção ontológica da linguagem relativa ao ato de decisão judicial: não aquela que apreende a essência do caso do mundo circundante, mas aquela que sempre comunica algo aos sujeitos envolvidos no processo.

Se é isso que se pode entender acerca da dimensão ontológica da linguagem, não é difícil perceber a compatibilidade desta concepção com a proposta pela retórica. Aliás, é a própria vertente retórica da linguagem, “em sua face analítica, que **pressupõe uma ontologia** no sentido mais adequado do termo”<sup>16</sup>. Mas por quê? Porque se todo vocábulo apenas se presta ao convencimento sobre um suposto evento que não é nunca real, mas sempre intermediado pela linguagem, não é possível haver convencimento sem que se estabeleça uma mínima possibilidade de comunicação entre os interlocutores. Logo, o ato de decisão judicial, compreendido em sua dimensão irracional e entendido como um ato de linguagem, é sempre um ato retórico-ontológico, conforme já explicado linhas atrás.

Explicada a diferença entre as concepções objetológica e ontológica da linguagem e a relevância desta para tese da irracionalidade do ato de decisão judicial, faz-se necessário registrar, ainda, a confecção de um posfácio, logo após a conclusão. O posfácio dedica-se à relação entre a televisão e a irracionalidade do ato de decisão judicial. Relação que pode apresentar como uma possível consequência a interferência da televisão sobre o ato de decisão judicial. Uma interferência que, em tempos de pós-modernidade, mostra-se mais que possível, face à expansão dos meios de comunicação sobre os órgãos do Estado. Expansão essa que pode ser um pouco mais sentida nos casos relativos ao processo penal e que se nota, por exemplo, no questionamento de princípios constitucionais, como o da presunção de inocência.

Feitas tais considerações, torna-se agora possível dar início ao desafio que envolve a elaboração desta dissertação. Não a um desafio permeado por certezas, mas uma proposta de

---

<sup>16</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 250.

reflexão, a partir da retórica e da linguagem, sobre o ato de decisão judicial e sua irracionalidade disfarçada.

## 1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL: O JUIZ É UM SER HUMANO

[...] quão ingênuo é dizer: ‘O homem *deveria* ser de tal ou de tal modo!’ A realidade nos mostra uma encantadora riqueza de tipos, uma abundante profusão de jogos e mudanças de forma - e um miserável serviçal de um moralista comenta: ‘Não! O homem deveria ser diferente’. Esse beato pedante até sabe *como* o homem deveria ser: ele pinta seu retrato na parede e diz: ‘*Ecce homo!*’. Mas mesmo quando o moralista dirige-se a apenas um indivíduo e diz ‘você deveria ser de tal e tal modo!’, ainda não deixa de ser ridículo. (NIETZSCHE, Friedrich. **Moral como Antinatureza**. Tradução: André Dísipore Cancian. Disponível em: <[http://ateus.net/ebooks/acervo/moral\\_como\\_antinatureza.pdf](http://ateus.net/ebooks/acervo/moral_como_antinatureza.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2008, p.3).

SUMÁRIO: 1.1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E O ABISMO GNOSIOLÓGICO. 1.2 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E AS CONCEPÇÕES DE LINGUAGEM. 1.3 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E AS CONCEPÇÕES DE SER HUMANO. 1.4 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E O LIVRE-ARBÍTRIO. 1.5 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E A EXISTÊNCIA HUMANA.

A razão que motivou a confecção deste capítulo inicial foi o questionamento acerca de qual seria a estrutura básica do ato de decisão judicial. Tal indagação acaba por remeter a outra: qual a estrutura em comum entre o ato de decisão judicial e um ato de decisão qualquer? Quando se faz aqui a pergunta quanto à estrutura básica do ato de decisão judicial, em verdade, o que se indaga é o mínimo que este guarda de comum com todo e qualquer ato de decisão que um ser humano adota em suas relações sociais corriqueiras.

Destarte, o delineamento da estrutura básica do ato de decisão judicial será feito a partir da análise do abismo gnosiológico que lhe é inerente, das concepções de linguagem que o marcam, das concepções de ser humano que o caracterizam, e sua relação com a noção de livre-arbítrio. Este caminho toma como premissa uma análise ontológica do ato de decisão, e é orientado pela hipótese de que todo ato de decisão judicial é um ato da existência humana do juiz.

Tanto o caminho que será percorrido quanto a hipótese que o guiará são de grande relevância para os fins da pesquisa, tomada em seu conjunto, vez que servirá de base para uma possível relação entre o ato de decisão judicial, a televisão e a ideologia, e suas possíveis consequências para o processo penal. Mas este é um problema a ser tratado quando do quinto capítulo e da conclusão do trabalho. Por ora, a tarefa imediata será apreciar o vínculo entre o ato de decisão judicial e o abismo gnosiológico.

## 1.1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E O ABISMO GNOSIOLÓGICO

O ato de decisão judicial, enquanto ato de linguagem, requer uma análise criteriosa acerca da relação que este mantém com o abismo gnosiológico. Tal análise é aqui desenvolvida a partir da lição de João Maurício Adeodato<sup>17</sup>. Desta forma, o abismo gnosiológico é compreendido a partir de três problemas básicos. São eles: o evento real; a ideia (ou “conceito”, “pensamento”); e o símbolo (a expressão linguística em geral, isto é, compreendem-se as formas escrita, verbal, corporal, gestual, entre outras).

Esta trilogia constitutiva não deve ser apreciada em compartimentos estanques, antes, mantém entre si uma relação dialética helicoidal (ou espiral)<sup>18</sup>. Tal relação procedimental acaba por constituir o processo de formação do conhecimento humano. Cada um dos problemas será apreciado em recorte por motivos de ordem didática. Após, serão interligados ao ato de decisão judicial enquanto ato de decisão.

O *evento real* é aqui definido enquanto acontecimento singular e irrepetível que, aparentemente de forma autônoma ao sujeito cognoscente, se impõe em sua experiência. Esta experiência, por sua vez, seja sensível, intelectual, ou outra qualquer, aparenta ser também ímpar e única. A experiência real é particularizada, individual, singular, e é aqui compreendida como incognoscível<sup>19</sup>.

Todo o individual é irracional para o ser humano<sup>20</sup>, vez que a individualidade, marca inerente ao mundo real, não se adapta ao cabedal cognoscitivo do ser humano, o qual só é exercitado por meio de generalizações. O individual é irracional por ser irredutivelmente contingente. O real é sempre um mistério, o desconhecido, o inapreensível. Desta forma, qualquer regra geral imposta pela razão escolhe alguns aspectos, em depreciação de outros. Logo, o racional não é o que captura a essência, mas o que generaliza a experiência<sup>21</sup>.

A irracionalidade é, ao mesmo tempo, qualitativamente ilimitada e quantitativamente infinita<sup>22</sup>. Ilimitada porque é sempre individual, e o individual é aquilo que não se repete.

<sup>17</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 184.

<sup>18</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Organização e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução: Adriana Beckmann Meireles *et al.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 91.

<sup>19</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência** (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2005, p. 111.

<sup>20</sup> *Idem*. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 184.

<sup>21</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico Filosófico – Investigações Filosóficas**. 3. ed. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 303.

<sup>22</sup> ADEODATO, *Op.cit.*, 2006, p. 185.

Infinita porque todo indivíduo pode ser gradativamente decomposto em fragmentos menos complexos. Afinal, moléculas se decompõem em átomos, que se decompõem em prótons... A física envida esforços para alcançar a unidade da matéria, mas parece constatar a certeza da incerteza<sup>23</sup>.

O mais conhecido possui meandros incognoscíveis. Mesmo diante de uma experiência intelectual, e todo ato de decisão é um ato de experiência, o objeto cognitivo será geral. Por conseguinte, o irreal e o ideal se interpenetram sem se confundir. Contudo, o ato cognitivo que precede o ato de decisão é sempre um evento real na consciência. É, portanto, único e singular. A ideia é sempre geral, mas a experiência de cada ideia é um acontecimento real, parte do mundo real<sup>24</sup>.

Bem sistematizou Weber esse raciocínio ao construir uma metodologia fundada em tipos ideais<sup>25</sup>. Os tipos ideais são construções racionais para descrição de fenômenos sociais. Todavia, tal metodologia é também a admissão da irracionalidade do real, tomado enquanto individual<sup>26</sup>. A admissibilidade do irracional é sustentada pela premissa do ato gnosiológico, qual seja, a generalização diante da realidade casuística. Nisto consiste a astúcia da construção weberiana, transformar em método a característica indelével da relação entre o ser humano e o meio que o circunda<sup>27</sup>: a inadaptação do ser humano ao mundo em que vive.

A generalização do ato cognitivo é, antes, a generalização linguística, que se dá por meio da linguagem. Os vernáculos são generalizações de experiências convencionadas<sup>28</sup>. Tal circunstância revela a ambivalência que lhes é inerente: de um lado, incapazes de corresponder ao evento real<sup>29</sup>; de outro, imprescindíveis para adquirir e transmitir conhecimento. Mas os vernáculos são menos que a linguagem. A linguagem não é apenas a

---

<sup>23</sup> PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas. Tempo, caos e leis da natureza**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 1996, p. 161.

<sup>24</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 185.

<sup>25</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade** – Fundamentos da sociologia compreensiva. Volume I. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília-DF: Editora Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999a, 76.

<sup>26</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>28</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Tradução: João Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 74.

<sup>29</sup> Não se ignora o dilema que circunda tal assertiva. Há, pelo menos, duas correntes filosóficas que se dedicam ao tema. Uma sustenta que os vocábulos apreendem o real. O vocábulo é um retrato. A segunda defende a antítese do raciocínio sufragado pela primeira. O vernáculo é uma convenção. Como já se percebe, o presente trabalho adota a segunda concepção.

escrita, mas também a falada, a corporal, a silenciosa, a gestual<sup>30</sup>. Eis o mundo do ser humano, o mundo da linguagem. É neste mundo que habita o ato de decisão.

A *ideia*, desta forma, é compreendida como o estímulo provocado pelo ambiente e que se aperfeiçoa no sujeito cognoscente ao se relacionar com o evento real. Se o ser humano é experiência, a ideia é uma síntese, uma generalização ideal agregada a um evento real. A ideia, portanto, é irreal, vez que tudo que é real é único, sem ser necessariamente imaginário. A ideia é, assim, o generalizável. E o generalizável é o que possibilita a psique humana conferir sentido ao evento real. A ideia é o produto de um processo que elimina as nuances particulares dos eventos, e que seleciona entre eles algo que se repete, de sorte a viabilizar a reunião dos eventos em “classes”, em suma, padronizá-los em classificações.

A ideia e sua relação com o evento é, segundo Platão<sup>31</sup>, considerada existente por si mesma, sem qualquer vínculo com a experiência. Todavia, de acordo com Russell<sup>32</sup>, as ideias são acordos linguísticos, *flatus vocis*, rotuladas com nomes. Já na concepção de Richard Rorty<sup>33</sup>, a ideia é o resultado de determinado desenvolvimento cultural que poderia não ter ocorrido, sendo assim uma atividade seletiva e relativamente arbitrária na escolha dos caracteres principais dos objetos<sup>34</sup>.

Adotando-se a tese de Husserl<sup>35</sup> como exemplo, a redução fenomenológica transcendental consiste em excluir do objeto cognoscível, por meio do pensamento, os caracteres acidentais que exhibe, para obter, ao final, a essência como fenômeno posto diante da consciência cognoscitiva do ser humano. Como exemplo, eliminando os aspectos contingentes e individualizadores das canetas, sustenta Husserl, alcança-se a essência em si da “caneta”. Todo sujeito cognoscente desempenha tarefa similar quando atribui nome e observa os objetos, sejam eles quais forem, mesmo que tal atitude não aparente ter o caráter ontológico que o filósofo alemão procurou conferir-lhe na guerra contra o psicologismo<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> DERRIDA, Jacques. **História da Mentira**: prolegômenos. Tradução: Jean Briant. In: **Estudos Avançados**, v. 10, n. 27. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996, p. 18. Conferência proferida por Jacques Derrida no auditório do Museu de Arte de São Paulo (MASP) em 4 dez. 1995.

<sup>31</sup> PLATÃO. *Parmenides*. In: *The dialogues of Plato*. Translated by JOWETT, Benjamin, Col. *Great Books of the Western World*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 6, p. 486-511.

<sup>32</sup> RUSSELL, Bertrand. *History of Western Philosophy – and its connection with political and social circumstances from the earliest times to the present day*. London: Routledge, 1993, p. 175 e 430.

<sup>33</sup> RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Tradução: Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p.51.

<sup>34</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 186.

<sup>35</sup> HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Trad. Márcio Suzuki. Aparecida: Idéias & Letras, 2006, p. 145.

<sup>36</sup> AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O método fenomenológico proposto por Edmund Husserl e o caso Escola Base**. (No prelo).

Se, de um lado, a ideia é geral, de outro, ela é singular no que toca ao sujeito que a concebe, vez que cada um elege fatores, em detrimentos de outros, dentre diversos atributos que o evento real apresenta. Assim, em seu estado pleno, a ideia é incomunicável<sup>3738</sup>, vez que seu processo de formulação e de transmissão passa necessariamente pela linguagem, a qual, neste instante, torna-se um evento da realidade e subordina-se aos critérios atinentes ao receptor da mensagem, ao ambiente da interlocução e ao contexto da comunicação, dentre outros. Adota-se aqui uma concepção de ideia enquanto pensamento, despida da objetividade exata que Habermas<sup>39</sup>, por exemplo, com espeque em Frege, parece desejar-lhe conferir.

Quando Habermas distingue pensamento de representação, define esta como necessariamente conferida a um sujeito cognoscente selecionado em um espaço e tempo precisos. Quanto a isso, não se diverge. Entretanto, ao definir o pensamento (delimitado aqui como ideia), dois caracteres são enfatizados: primeiramente, a ideia perpassa os limites da consciência individual, do que não se discorda; porém, a assertiva de que a ideia permanece idêntica quanto ao conteúdo, sua segunda marca, independentemente dos sujeitos, do tempo e do lugar, caracteriza uma objetividade exagerada<sup>40</sup>, que será refutada ao longo desta pesquisa.

O vocábulo “conceito” é utilizado de forma dúbia, a depender da corrente filosófica adotada, mas, para fins didáticos, pode-se afirmar que ele apresenta três sentidos fundantes. O primeiro é o que se denomina aqui como “ideia”. Esta é encoberta pela expressão linguística, a qual constitui a primeira etapa de generalização do raciocínio, tendo como ponto de partida o evento real para efeito do ato gnosiológico. O segundo sentido é a própria expressão linguística da ideia: a segunda etapa de generalização. O terceiro é o emprego sinonímico, prevalente na linguagem coloquial, entre “conceito”<sup>41</sup> e “definição”, quando, de forma meticulosa, definição é um esboço de explicitação analítica dos elementos constitutivos do conceito a ser definido, utilizando-se, para tal, de outros conceitos. Dito isso, aqui será adotado o primeiro sentido, de “ideia”, sempre que surgir ao longo do texto o vocábulo “conceito”.

<sup>37</sup> DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Tradução: Miriam Chnaidermann e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 246.

<sup>38</sup> Como adverte Gorgias, citado por João Maurício Adeodato, nada existe na dita realidade. Se algo existisse, não se poderia percebê-lo, e, mesmo se fosse possível perceber, esse algo seria incomunicável. Consultar ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 237.

<sup>39</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. 2.ed. v. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.27.

<sup>40</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 187.

<sup>41</sup> Convém não confundir também as expressões “conceito” e “noção”, pois aquela é essencial, enquanto esta é existencial. Em suma, o conceito é inalterável, mas a noção sofre a ação do tempo. Nesse sentido, consulte-se SARTRE, Jean Paul. **O Ser e o Nada**. Tradução: Paulo Perdiggão. Petrópolis, Editora Vozes, 1997, p.79.

O símbolo<sup>42</sup> é aqui compreendido como veículo portador de ideias. O símbolo é, então, um artifício da razão para condensar e veicular ideias. O símbolo é aqui definido de forma ampla, contendo em si os gestos, os sinais, a expressão corporal, bem como os vocábulos de um dado idioma.

O símbolo transmite a ideia, reinserindo-a no mundo real, sempre de maneira imperfeita, e uma vez mais generalizada do que a ideia em si, vez que esta permanece individual quanto ao sujeito, ao passo que o símbolo possui a pretensão de comunicabilidade generalizável para um universo específico de receptores de um dado contexto linguístico<sup>43</sup>.

Não existe uma reprodução fidedigna entre a ideia e o evento real, é certo, mas há a possibilidade de existir alguma adequação, ainda que remota. Essa é uma das relevantes *aporias* que despertou o interesse de Immanuel Kant<sup>44</sup>, a de como é possível existir uma identificação entre construções racionais e o ambiente das experiências.

O símbolo, por seu turno, aparenta ser uma vez mais distante do evento real, porque objetiva reproduzir e transmitir a ideia, constituindo a aludida segunda etapa de generalização. O símbolo é uma generalização ao quadrado, demasiadamente distanciada do evento real. Logo, “o recurso ao universal não é uma força do pensamento, mas uma enfermidade do discurso. O drama é que o homem fala sempre em geral, enquanto as coisas são singulares”<sup>45</sup>.

Quando se exprime a ideia<sup>46</sup>, ocorre uma reentrada desta no mundo das percepções, ao mesmo tempo em que se transmuta em evento real<sup>47</sup>. Este é diverso do evento original e distanciada por dois níveis de generalização, que acabam por distorcer a comunicação e transformá-la numa possibilidade artificial<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> A abordagem feita nesta passagem é de índole introdutória. Em outro capítulo o tema será aprofundado com maior rigor.

<sup>43</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 188.

<sup>44</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 278.

<sup>45</sup> ECO, Umberto. **Kant e o ornitorrinco**. Tradução: Ana Thereza Vieira. Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 1998, p. 28.

<sup>46</sup> Note-se as palavras de José Joaquim Calmon de Passos sobre tema correlato: “Embora o pensamento não deva ser reduzido à linguagem, as palavras são indispensáveis tanto para comunicação como para o próprio pensamento”. Segundo os parâmetros aqui fixados, tome-se por “pensamento” o vocábulo “ideia”, e por “palavras” o vernáculo “símbolo”. E arremata o saudoso professor: “Não podemos pensar sem palavras: a lógica é, ao mesmo tempo, onomatologia”. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I. Volume I, n. 1. Salvador, p. 9. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMONPASSOS.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2009, p. 3).

<sup>47</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico Filosófico – Investigações Filosóficas**. 3. ed. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 383.

<sup>48</sup> APEL, Karl-Otto. **Transformação da Filosofia I: Filosofia, Analítica, Semiótica, Hermenêutica**. Tradução: Paulo Astor Soethe (UFPR). São Paulo: Editora Loyola, 2000, p. 109.

Reinicia-se, então, o processo cognitivo do ambiente circundante. Ciências ideais, como, por exemplo, as matemáticas puras, manipulam os fatores da ideia e da sua expressão simbólica, mas não experimentam os eventos reais. Ciências empíricas, eis o caso da geografia física, militam com os três problemas do abismo gnosiológico. O Direito, dentre outras searas do conhecimento humano, ainda se depara com um quarto problema atinente ao ato gnosiológico: o valor<sup>49</sup>. Valor que permeia e orienta os demais problemas.

Esclarecidos os problemas que grifam o ato gnosiológico, e que constituem seu abismo, possibilita-se uma melhor compreensão do ato de decisão judicial enquanto ato gnosiológico. Todo ato de decisão judicial é antes um ato gnosiológico. Não se decide sobre o que não se conhece. Com o juiz, enquanto ser humano, durante o curso do processo, não é diferente. O ato de decisão judicial encontra-se necessariamente marcado pelo abismo gnosiológico, que separa o evento real – o fato criminoso em si mesmo – da decisão que acerca dele se pode tomar, a decisão judicial.

Desta forma, a decisão judicial, como todo ato gnosiológico, é atravessada por dois níveis de generalizações. Generalizações que evidenciam a improbabilidade da comunicação do conhecimento sobre o evento, e que concebem a verdade como uma possibilidade que, se existente, é inapreensível.

O ato de decisão judicial, então, é um segundo evento real. Ele é totalmente distanciado do evento real original que o acarretou, o fato criminoso. Ou seja, o ato de decisão judicial, de certa forma, é ato descomprometido com o evento original, vez que não se vincula ao evento real, mas à possibilidade de conhecimento deste, duas vezes distorcida pela generalização inerente ao ato gnosiológico.

Se a comunicação é improvável (o ser humano é um sistema autopoietico)<sup>50</sup>, e o conhecimento do mundo é uma possibilidade marcada por um intransponível abismo gnosiológico, o ato de decisão não é nunca um ato de certeza em seu sentido ontológico, nem tampouco uma apreensão da verdade cognoscível, mas antes um ato de escolha arbitrário dentre possibilidades argumentáveis<sup>51</sup>.

O ato de decisão judicial é sempre um ato de persuasão. É necessário persuadir os envolvidos da escolha realizada, de sorte a convencê-los da “correção” da decisão, uma vez

---

<sup>49</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 189

<sup>50</sup> LUHAMNN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 29.

<sup>51</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 100.

que o conhecimento irrefutável é uma impossibilidade<sup>52</sup>. O conhecimento, assim, reclama uma *ascese erótica*<sup>53</sup>, um entrelaçamento entre razão e emoção, entre compreender e querer compreender<sup>54</sup>.

## 1.2 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E AS CONCEPÇÕES DE LINGUAGEM

A questão principal de todo ato gnosiológico e, por consequência, do ato de decisão judicial é, então, apurar como se dá seu processo de exteriorização: o laço entre as ideias – percepções de eventos reais que se dão dentro da psique humana – e os eventos em si, que habitam o ambiente e que são incapturáveis pelo aparelho cognoscitivo humano. Diante desta indagação, é possível repartir a variedade de argumentos que esboçam uma solução em duas grandes linhas. Estas, como todo artifício didático, demandam que a fração de arbitrariedade e as limitações epistemológicas inafastáveis sejam excepcionadas, de sorte a conservar a sua credibilidade.

Pode-se falar em duas grandes concepções acerca da linguagem. Há os que sustentam a concepção que toma por axioma o caráter instrumental da linguagem, ou seja, entendem a linguagem como um meio (ferramenta) útil para exprimir uma realidade objetiva, sejam os eventos reais, as coisas em si, ou mesmo as ideias. A outra concepção toma por esboço o axioma da autonomia do discurso: a linguagem não possui outro fundamento além de si mesma. A linguagem não é meio, mas fim, não é instrumento, e, sim, fundamento<sup>55</sup>.

Em síntese, não há elementos externos à linguagem – fatos, objetos, coisas, negócios, relações – que tenham aptidão para legitimá-la. Fala-se, então, de duas concepções básicas de linguagem aqui rotuladas, a objetológica e a retórica<sup>56</sup>.

O aprofundamento destas concepções de linguagem e sua relação com o ato de decisão judicial, no contexto de uma teoria geral do direito, apresenta, como problema inafastável, o dilema entre priorizar as regras gerais para decidir conflitos que ainda estão por acontecer ou privilegiar a decisão casuística do caso concreto<sup>57</sup>. Ou seja, o duelo entre as concepções de linguagem, objetológica e retórica, acaba por acarretar um confronto entre um modelo de decisão judicial fundado em regras gerais e um modelo escorado na casuística.

<sup>52</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 237.

<sup>53</sup> PLATÃO. **O Banquete**. Tradução: J. Cavalcante de Souza. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 67.

<sup>54</sup> AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O Amor como fundamento legitimador do Direito. **Revista Forense**, v. 383. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 492.

<sup>55</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.43.

<sup>56</sup> ADEODATO, *Op.cit.*, 2007, p. 237.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 238.

Tal confronto apresenta-se com diferentes máscaras no cenário teatral jurídico, umas mais extremistas, outras menos. As correntes jusnaturalistas, racionalistas, algumas escolas positivistas e sociológicas salientam o vínculo às regras gerais na decisão dos conflitos. As vertentes sofistas, céticas, cínicas e nominalistas sustentam uma maior independência da decisão judicial diante do caso concreto. As primeiras creem (crença) em uma verdade (revelação) a ser alcançada por um procedimento de apuração qualificado. As últimas relativizam o conhecimento e enfatizam o convencimento<sup>58</sup>. Este dilema, dadas as devidas proporções e destacadas as diferenças existentes, pode, de certa forma, ser reproduzido num confronto entre o juiz Hércules<sup>59</sup> e o juiz como superego de uma sociedade órfã<sup>60</sup>.

Uma das maneiras mais relevantes de refletir sobre o direito – e influenciá-lo – na sociedade moderna é o desmembramento estatal do positivismo que se ajustou denominar, de forma demasiadamente ambígua<sup>61</sup>, de dogmática jurídica<sup>62</sup>. Não se pode mencionar “o” pensamento dogmático, posto que este apresenta diversificadas variações, repartições. Essas variações são estabelecidas de acordo com sua afinidade em grau maior ou menor com as normas de caráter geral<sup>63</sup>. Se a afinidade for de maior intensidade, tal variação estará mais atrelada à concepção objetológica da linguagem, e, por isso, supostamente mais habilitada a controlar a decisão judicial dos conflitos.

Discutir os modelos de decisão judicial e suas correlatas concepções de linguagem é defrontar-se com a *aporia* que grifa o dilema de como o ser humano relaciona-se com o

<sup>58</sup> PERELMAN, Chaim. **Retóricas**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004, p. 349.

<sup>59</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Jéferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, *passim*.

<sup>60</sup> MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade orfã. Tradução: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes de Albuquerque. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 11. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2000, p. 125-156, *passim*.

<sup>61</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 48.

<sup>62</sup> O positivismo jurídico, num sentido amplo, é direito posto pelo ser humano, segundo uma razão profana e um Estado laico, e garantido pelo poder. A dogmática jurídica, por seu turno, é artifício marcante no direito do Estado Moderno. A dogmática jurídica é processo que, como tal, não se completa, mesmo nos Estados da Europa Ocidental. O direito dogmático impõe, para ter efetividade, uma sociedade complexa, com um arsenal burocrático estável, dentre outras características. A dogmática jurídica escora-se sobre duas vigas, são elas: a) *a compulsoriedade de argumentar*, que se encontra fincada sobre a superfície de uma norma alegadamente preexistente (a inegabilidade dos pontos de partida, conforme FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: RT, 1980, p. 95); e b) *a obrigatoriedade de decidir*, vez que o Estado Moderno pretende o monopólio do direito, impondo a si próprio o dever de resolver todo e qualquer conflito. Sobre essa distinção, consulte-se ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

<sup>63</sup> Alguns problemas que cercam o tema da norma, princípio e regra encontram-se tratados em AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de; VILLAS BÔAS, Marcos de. Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 74. São Paulo: RT, 2008, p. 230-280.

evento real por meio da linguagem. Segundo a linha objetológica, o juiz (sujeito cognoscente), por meio da linguagem, apreende o evento real. A linguagem é um retrato.

Já de acordo com a linha retórica, a linguagem é uma convenção, e o ato de decisão judicial é uma escolha entre as diversas opções de decisão possíveis. A linguagem enquanto convenção não implica uma anarquia linguística segundo a qual cada interlocutor cria o seu vocábulo, e, sim, uma objetividade convencional voltada para uma possibilidade de comunicação.

Eis o embate linguístico pressuposto da polêmica relativa aos modelos possíveis de decisão judicial: a polêmica que gravita em torno do embate convencionalismo *versus* essencialismo. “A pergunta como podemos saber algo sobre o que é em si é substituída pela pergunta como podemos falar disso de forma clara e coerente, ou seja, significar”<sup>64</sup>.

### 1.3 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E AS CONCEPÇÕES DE SER HUMANO

Com amparo na lição de João Maurício Adeodato, adota-se como ponto inicial, relativamente às concepções de ser humano, respaldando-se em estudos de antropologia<sup>65</sup>, o binômio por meio do qual se objetiva sintetizar a tradição do pensamento ocidental acerca dos modelos possíveis de decisão judicial.

O juiz é tomado em sua condição humana, e, sobre esta, colocam-se duas alternativas de definição do ser humano. Estas duas alternativas muito auxiliam a questão das possibilidades acerca do ato de decisão judicial. Decisões são manifestações da inerente condição humana, e, portanto, reproduções do dilema da existência humana.

Por um lado, é possível *compreender* o ser humano como um ser *carente* (e angustiado), por outro, como um ser *pleno* (adaptado). Em outros termos, a circunstância de o ser humano não se encontrar biologicamente atrelado a um *habitat* determinado pode ser interpretada como a decorrência de sua deficiência vital quanto a um arsenal de autossustentação, não adequado aos mais diversos meio-ambientes, e interpretada sob o

---

<sup>64</sup> HARTAMANN, Nicolai. **A filosofia do idealismo alemão**. Tradução: José Gonçalves Belo. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 283. Compare-se com a seguinte passagem: “[...] a caracterização de um conceito se desloca da pretensão de se buscar a natureza ou essência de alguma coisa (o que é a mesa?) para a investigação sobre os critérios vigentes no uso comum para usar uma palavra (como se emprega ‘mesa?’)”, conforme FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37.

<sup>65</sup> LIMA, Roberto Kant de. Por uma antropologia do direito no Brasil. In: FALCÃO, J. (Org.). **Pesquisa Científica e Direito**. Recife: Editora Massangana, p. 89-116, *passim*.

ângulo do ser humano como um ser imaginativo, que não se encontra naturalmente formatado, e que elabora as condições para adaptação ao ambiente que o circunda<sup>66</sup>.

O juiz, considerado como ser humano pleno, possui uma linguagem ideal, e é capaz de alcançar a verdade sem que a luz da revelação queime-lhe a retina. A língua serve-lhe de instrumento, sua decisão é revelação e produz certeza, e a retórica é simples ornamento de seu discurso.

O juiz, que por meio da língua exterioriza a sua decisão, pode influir e dominar o *habitat* de maneira mais ou menos eficiente. O juiz que procura verdade é, antes de tudo, um alienado<sup>67</sup>. O juiz, tomado como ser humano carente, é incapaz de experimentar a verdade, pouco importando o contexto linguístico em que se encontre inserido, pois a realidade com que é capaz de conviver é artificial.

O juiz que busca a verdade procura, em rigor, sua paz de espírito, mas “a ‘paz da alma’ é apenas uma mal-entendido – algo diverso, para o qual falta um nome mais honesto”<sup>68</sup>. O juiz carente é um ser humano inadaptado ao mundo em que vive<sup>69</sup>. Não é divino, e, sim, pagão. Não percebe o evento real, está envolvido pela bolha da linguagem a partir da qual construiu seu mundo. A linguagem torna-se condição de racionalidade. “Pensamento e linguagem sempre fazem um, e essa simbiose, por sua vez, estrutura o que chamamos de realidade”<sup>70</sup>.

O ser humano cria seu próprio mundo e suas próprias ilusões para conviver com a dor de sua existência. Esta o põe em conflito com o mundo onde vive e no qual se reprime o seu *animot*<sup>71</sup>. A linguagem humana não é garantia de racionalidade, mas arrogância de sua afirmação<sup>72</sup>.

O ser humano pretere a linguagem dos animais e a linguagem do outro para se autoafirmar racional<sup>73</sup>. Trata-se da lógica maniqueísta a serviço da disseminação de uma concepção de ser humano pleno. Esta lógica encobre a inerente irracionalidade humana, útil

<sup>66</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p.239.

<sup>67</sup> CERQUEIRA, Nelson. **Hermenêutica & Literatura**. Tradução: Yvenio Azevedo. Bahia: Ediora Cara, 2003, p. 167.

<sup>68</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Moral como Antinatureza**. Tradução: André Díspore Cancian. Disponível em: <[http://ateus.net/ebooks/acervo/moral\\_como\\_antinatureza.pdf](http://ateus.net/ebooks/acervo/moral_como_antinatureza.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2008, p.2.

<sup>69</sup> ADEODATO, *Op.cit.*, 2007, p. 240.

<sup>70</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I. Volume I, n. 1. Salvador, p. 10. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMONPASSOS.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2009, p. 4.

<sup>71</sup> DERRIDA, Jacques. **O animal que logo sou**. Tradução: Fábio Landa. São Paulo: Editora Unesp, 2002, p. 53.

<sup>72</sup> O presente assunto será aprofundado no terceiro capítulo.

<sup>73</sup> MacINTYRE, Alasdair. **Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues**. Illinois: 1999, Open Court., *passim*.

para que alguns seres humanos sejam subjugados por outros, e para subordinar o ambiente ao ser humano pleno.

A racionalidade torna-se um artifício humano decorrente da linguagem<sup>74</sup>, a partir da qual se constrói um valor, o de civilização, e justifica-se o controle de muitos por alguns. A racionalidade não é algo dado, nem natural, mas construído e artificial. É uma construção voltada a dominar, que viabiliza o exercício do poder. Poder não enquanto coação, mas enquanto controle<sup>75 76</sup>.

Se a racionalidade fosse algo “natural”, ainda seria impossível afirmar que o ser humano é episodicamente racional e permanentemente irracional<sup>77</sup>. A historicidade da condição humana já revela tal circunstância. O ser humano que há duzentos anos fazia guerras é o mesmo que hoje aprimora a arte de matar.

O juiz carente, assim, ao decidir, não obtém a verdade e a oferece às partes, mas reconstrói o discurso processual a partir dos argumentos por elas suscitados para decidir amparado pelo convencimento. O “[...] direito, enquanto produto de pensamento e decisão (julgamento) é sempre linguagem, texto, proposição descritiva, extremamente vulnerável e impotente”<sup>78</sup>.

A decisão será tanto mais convincente quanto maior for sua capacidade de persuasão<sup>79</sup>. Afinal, o único “ser” que pode ser compreendido é a linguagem<sup>80</sup>, e, mesmo esta, com reservas. Mas a persuasão, porque marcada pela condição humana, depara-se agora com o problema do livre-arbítrio. Eis a questão!

<sup>74</sup> DERRIDA, Jacques. **O animal que logo sou**. Tradução: Fábio Landa. São Paulo: Editora Unesp, 2002, p. 61.

<sup>75</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade e a Justiça**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 23.

<sup>76</sup> Advirta-se, desde logo, que o poder não é centralizado no Estado, nem é progressivamente racionalizado. Nesse sentido, consulte-se WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III. O Direito não estudado pela teoria jurídica moderna**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 125. Consulte-se, ainda, a fim de traçar uma comparação, BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005, p. 62. Se o poder não é centralizado, a sistematicidade do direito é um engodo, conforme LIMA, Roberto Kant de. Por uma antropologia do direito no Brasil. In: FALCÃO, J. (Org.). **Pesquisa Científica e Direito**. Recife: Editora Massangana, p. 89-116, *passim*.

<sup>77</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 44.

<sup>78</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I. Volume I, n. 1. Salvador, p. 10. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMONPASSOS.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2009, p.8.

<sup>79</sup> Se o caráter sintático da linguagem é silógico, logo, todo conhecimento é persuasivo. É o que se depreende de HOBBS, *Op. cit.*, 2008, p. 39.

<sup>80</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes – Universidade São Francisco, 2005, p.354.

#### 1.4 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E O LIVRE ARBÍTRIO

Perante o exposto, coloca-se o problema da relação entre o livre-arbítrio e o ato de decisão judicial. Tal problema pressupõe as concepções de ser humano pleno e carente, de linguagem objetológica e retórica, e de racionalidade *plus* e *minus*.

Impõe-se a seguinte questão: o que se denomina de livre-arbítrio, em relação à condição de ser humano, resulta de um *plus* ou de um *minus*? De outra forma: o livre-arbítrio do juiz, ou – por que não dizer – o “livre convencimento” do magistrado, quando de seu ato de decisão, revela um juiz pleno ou carente?

De um lado, tem-se o juiz pleno: aquele que alcança a verdade, que utiliza a linguagem como instrumento, e é completamente livre para tomar sua decisão. De outro, apresenta-se um juiz carente: o que justifica seu ato de decisão por meio do convencimento, que compreende a linguagem como o fundamento próprio do seu decidir, que se escora na persuasão, e que constrói sua decisão a partir de argumentos.

O livre-arbítrio da linguagem objetológica é o livre-arbítrio compreendido como sublime, que assemelha o ser humano a Deus, e o torna superior aos demais animais. O livre-arbítrio, que mascara a irracionalidade humana, que incute a busca da verdade, é o que vê no juiz um messias, aquele que será abençoado no seu ato de decisão com a revelação da “verdade”.

Seria, então, o livre-arbítrio um “defeito” no código genético que amplifica a inaptidão do ser humano ao mundo e aos conflitos? O juiz, desta forma, não seria um messias, mas antes um ser humano, marcado pelo conflito de sua existência, pela necessidade compulsiva de falar (falar e falar...) e de escrever (escrever e escrever...) aspectos subterrâneos de seu inconsciente que venham à tona no momento da confecção da decisão.

Destarte, a experiência da decisão para o juiz deixa de ser um momento de plenitude para se tornar um momento de agonia. O drama da existência é o drama da escolha. É com este drama que o juiz convive.

Todavia, a noção de livre-arbítrio não deve ser considerada como sinônimo de liberdade. Segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., livre-arbítrio não se confunde com liberdade: o primeiro apresenta-se apenas como uma das possíveis noções do segundo. O cristianismo gerou e difundiu a noção de liberdade como livre-arbítrio, como algo interno, “uma qualidade da vontade que se expressa num *velle et nolle*, querer e não querer, de que partilham todos os

homens, independentemente de seu *status*”<sup>81</sup>. Todos os seres humanos, repentinamente, tornam-se iguais perante Deus: graças ao livre-arbítrio!

A noção de livre-arbítrio não é um dado natural, intrínseco à condição humana, mas uma construção ideológica de origem cristã, que serviu, num primeiro momento, como “generalização da *pessoa* como elemento identificador do ser humano: o homem como pessoa ou como ser livre”<sup>82</sup>. O livre-arbítrio, considerado como fruto de uma ideologia, permite, portanto, o controle do ato de decisão judicial, sob o manto da liberdade. O mais perfeito dos poderes é aquele que não é percebido.

Eis a combinação entre livre-arbítrio e o ato de decisão judicial: aparentemente óbvia, logo, desinteressante, mas também sutilmente perspicaz, e, por conseguinte, velada. “Em verdade, lei e direito estão a serviço de uma certa ordem, que necessita, para garantir a segurança das expectativas, o cálculo econômico e o jogo do mercado”<sup>83</sup>.

Adverte ainda, Tercio Ferraz, que a índole interna do livre-arbítrio proporcionou a difusão de uma doutrina na qual o ser humano torna-se o centro isolado. O livre arbítrio torna-se noção ilimitada, vez que pode ser exercido, pouco importando se o exercício é possível ou não<sup>84</sup>. Em outros termos, o livre-arbítrio admite a combinação entre querer e não poder (o homem encarcerado preserva seu livre-arbítrio em sua plenitude).

O livre-arbítrio viabiliza, deste modo, uma “liberdade” controlada. Ele, na Era Moderna, torna-se noção “crucial para o capitalismo nascente, para a liberdade de mercado”<sup>85</sup>. O livre-arbítrio surge como construção ideológica capitalista útil a controlar o ato de decisão judicial de forma disfarçada. O ato de decisão judicial deixa de ser expressão de um sistema *autopoiético* complexo para se tornar evidência de um sistema jurídico *alopoiético*<sup>86</sup>, sujeito às ingerências do código *ter ou não-ter* do sistema econômico<sup>87</sup>.

Fala-se, assim, em “alopoiése social do direito por força da prevalência de outros códigos de preferência sobre o código ‘lícito/ilícito’. Isto significa não ter definidas

---

<sup>81</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2007, p. 146. Consulte-se, ainda, do mesmo autor: FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito** – Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. São Paulo: Atlas, 2002, p. 87-93.

<sup>82</sup> FERRAZ JR., *Op.cit.*, 2007, p. 146.

<sup>83</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 67.

<sup>84</sup> FERRAZ JR., *Op.cit.*, 2007, p. 146.

<sup>85</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>86</sup> Tal expressão é utilizada por Luhmann e se refere a um modelo de sistema não autorreferente, que apresenta abertura estrutural sem, no entanto, possuir um fechamento sistêmico, o que torna inviável a possibilidade de acoplamento estrutural. Mais adiante, quando do segundo capítulo, voltará-se ao tema. Para maiores esclarecimentos, consultar LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Unb, 1980, p. 153 *et seq.*

<sup>87</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: para além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 236.

claramente as fronteiras de uma esfera de juridicidade. Não só a preferência do código ‘ter/não-ter’ atua no sentido de impedir a reprodução sistematicamente autoconsistente do direito”<sup>88</sup>.

Livre arbítrio, portanto, não é vontade. A vontade em si não existe, vez que não se deseja o que não se conhece. Só é possível ter vontade sobre algo que se conhece<sup>89</sup>. Mas se o conhecimento é sempre conhecimento por meio da linguagem<sup>90</sup>, e se a linguagem não tem a capacidade de apreender o evento real<sup>91</sup> – a coisa em si –, resta evidente que toda vontade, à medida que decorre do conhecimento, é vontade construída, controlada, manipulada. Se o conhecimento é sempre parcial, nunca completo, convém indagar-se “quem” ou “o que” determina a forma como o conhecimento é produzido ou aprendido. Com amparo em Marx, é possível desconfiar que toda produção de conhecimento, enquanto parte da super-estrutura<sup>92</sup>, seja determinada por uma infra-estrutura<sup>93</sup>, a infra-estrutura da economia<sup>94</sup>. Infra-estrutura que seleciona o conhecimento por meio de uma ideologia<sup>95</sup>.

Mas como ocorre a difusão do conhecimento selecionado pela ideologia? Responde-se: por meio da pedagogia, da arte de ensinar. Se ensinar constitui uma das funções da retórica, conclui-se que o aprendizado depende, em grande medida, da arte da persuasão. Se o conhecimento é apreendido por meio da arte da persuasão, já se percebe, desta forma, que a assimilação propriamente dita do conhecimento não é processo exclusivamente racional<sup>96</sup>: é, antes, demasiadamente emocional<sup>97</sup>, ou, por que não dizer, irracional. E qual a importância de tal constatação?

---

<sup>88</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: para além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 239.

<sup>89</sup> LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro Marcondes. São Paulo: Paulus, 2005, p.145-146.

<sup>90</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes – Universidade São Francisco, 2005, p. 566-588.

<sup>91</sup> HEIDDEGGER, Martin. **Heráclito**: a origem do pensamento ocidental. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Preparação: Ari Roitman. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1998, p. 381-384.

<sup>92</sup> Optou-se por manter a grafia original desta palavra, em conformidade com a fonte de consulta, em vez de adequá-la à Reforma Ortográfica, vigente no Brasil desde janeiro de 2009, segundo a qual a grafia correta seria *superestrutura*.

<sup>93</sup> Optou-se também por manter a grafia original desta palavra, a qual, a partir da Reforma Ortográfica, passa a ser escrita como *infraestrutura*.

<sup>94</sup> MARX, Karl. **Manuscritos Econômico-Filosóficos**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 179-194.

<sup>95</sup> MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **Ideologia Alemã**. Tradução: Rubens Enderle, Nélio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007, p. 32-39.

<sup>96</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47-49.

<sup>97</sup> Os meios emocionais utilizados pela retórica são aqueles que Aristóteles denomina como *Etos* (o caráter que o orador deve assumir para chamar a atenção e angariar a confiança do auditório) e *Patos* (as tendências, os desejos, as emoções do auditório, das quais o orador pode tirar proveito), cf. ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007, p. 185-188, e que Cícero rotula, respectivamente,

A importância reside no fato de que a ideologia, a serviço de uma infra-estrutura, aproveita-se da irracionalidade humana para selecionar um determinado conhecimento, e, desta forma, se autodisseminar de forma escamoteada. Por meio dessa estratégia, a ideologia controla os atos dos seres humanos inseridos no contexto social.

Diante destas advertências, torna-se mais fácil perceber tanto a cautela que o conceito de livre-arbítrio demanda quanto o potencial controle que se exerce sobre o ato de decisão judicial. Em tempos de súmula vinculante e de repetidos mutirões judiciais, é possível desconfiar do livre-arbítrio do ato de decisão judicial à medida que este se subordina a uma lógica (ideológica?) do consumo<sup>98</sup>.

O livre-arbítrio mostra-se, então, como o mais perfeito dos controles, vez que o melhor esconderijo é aquele que está diante dos olhos. A simbiose entre livre-arbítrio e ato de decisão judicial possui agora uma denominação *iuris*. A palavra mágica é: “livre convencimento motivado”! Contudo, “todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e de desencantamento”<sup>99</sup>. O livre convencimento motivado torna-se uma ferramenta da dogmática jurídica, por meio da qual se mascara a atuação da ideologia capitalista e se controla o ato de decisão judicial. Mas a decisão judicial é, também, uma manifestação da existência humana.

### 1.5 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E A EXISTÊNCIA HUMANA

O vínculo entre o ato de decisão judicial e a existência humana remete ao problema das concepções de ser humano. Se o ato de decisão judicial é ato marcado pela existência humana daquele que julga, infere-se daí sua relação com as concepções de ser humano adrede mencionadas. O antropólogo alemão, Hans Blumenberg, citado por João Maurício Adeodato, abordando a problemática a partir da perspectiva de um ser humano carente, consigna a questão principal: “como este ser, apesar de sua indisposição biológica, pode existir”<sup>100</sup> num mundo que lhe é inóspito? Raciocínio similar pode ser feito quanto àquele que julga um processo: como um magistrado, apesar de sua condição de ser humano carente, pode julgar?

---

como *Delectare* (o agradar) e *Movere* (o comover), cf. CÍCERO, Marco Túlio. **Retórica a Herênio**. Tradução: Adriana Seabra e Ana Paula Celestino Faria. São Paulo: Hedra, 2005, p. 57-63.

<sup>98</sup> BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007, *passim*.

<sup>99</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I. Volume I, n. 1. Salvador, p. 10. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMONPASSOS.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2009, p. 6.

<sup>100</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 242.

Uma resposta possível a essa indagação pode ser apresentada por meio do seguinte raciocínio: maior será a possibilidade de existência do ser humano se maior for seu relacionamento direto com a realidade. Tanto maior será a possibilidade do juiz de se desincumbir da tarefa de decidir, quanto mais intensa for sua relação com a realidade que o cerca. Para que o juiz tente desempenhar melhor a árdua tarefa de decidir, é preciso que tente manter uma relação mais intensa com a realidade com o cerca. Contudo, tal relação também estará fadada ao insucesso, vez que a relação do ser humano com a realidade é sempre indireta. O ato de decisão judicial não “se consome em aplicação mecânica, acrítica, valorativamente neutra, pois o juiz está existencialmente vinculado”<sup>101</sup>.

Mas essa relação com a realidade, adverte Blumenberg, é “indireta, complexa, retardada (*verzögert*), seletiva e, sobretudo, *metafórica*”<sup>102</sup>. O mundo no qual vive o ser humano, conforme consignado supra, não é o mundo da natureza. O juiz, ser humano que é, não vive no mundo dos eventos reais, mas no mundo da linguagem.

O magistrado não julga, por meio do processo, o fato delituoso em si. Ele decide uma construção linguística subordinada a um abismo gnosiológico, caracterizada por dois níveis de generalização e sujeita a dois seres humanos carentes: a autoridade policial, encarregada de apurar o fato, e o membro do Ministério Público, que tem a atribuição de oferecer a denúncia. Cada um dos seres humanos carentes envolvidos na apuração do fato delituoso é um novo abismo a agravar o distanciamento entre o evento real (delito) e o ato de decisão judicial.

Com efeito, a combinação dos aspectos até aqui tratados, quais sejam, o abismo linguístico, uma concepção retórica de linguagem, a definição de ser humano carente e a noção de livre-arbítrio, colaboram para evidenciar a grande distância que há entre o magistrado e o evento real a ser julgado. Tal distanciamento já revela o difícil problema do ato de decisão judicial. Esse distanciamento não há como ser afastado: é inerente à existência humana.

O mundo humano não é o mundo das “coisas em si”, mas dos símbolos que ele próprio formula para viabilizar sua existência e sua possibilidade de se comunicar. O mundo do magistrado não é o mundo dos eventos reais, mas das construções linguísticas, por meio das quais decide, e através das quais essa decisão é marcada por sua existência. Nesse sentido, toda decisão judicial é, antes de tudo, um ato da existência humana.

---

<sup>101</sup> VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. v. I. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p. 362.

<sup>102</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 242

Mas a existência humana é uma experiência indireta, porque todo contato do ser humano com a natureza é sempre indireto. Desta forma, todo vernáculo é uma metáfora à medida que todo vocábulo é um *tropo* (argumento), em que a significação natural de uma palavra é substituída por outra, em virtude da relação de semelhança subentendida.

Em síntese, toda linguagem é analógica<sup>103</sup> e não captura o evento real, conforme já salientado, substituindo-o por uma generalização por meio da semelhança. Se assim o é, toda decisão judicial, tomada como ato da existência, não é um ato de captura da verdade. É, no máximo, analogia da realidade.

Nesse sentido, toda decisão, enquanto ato de interpretação, é um esforço analógico alicerçado em vigas metafóricas. Enquanto certos estudiosos do direito processual penal<sup>104</sup> acreditam na verdade, a física quântica admite a interferência da consciência humana na formação da realidade física<sup>105</sup>.

Certo é que, diante da condição humana do magistrado e de sua inerente existência, é possível perceber a relevância que ganham as concepções de linguagem (retórica e objetológica), as definições de ser humano (carente e pleno), a noção de livre-arbítrio (defeito no código genético ou não) e a questão do abismo gnosiológico. O ato de decisão judicial, assim, é ato complexo, à medida que envolve todas essas diversas variantes que gravitam em torno de sua órbita. Se isso é correto, também parece certa a desconfiança a desconfiança de Blumenberg, novamente mencionado por Adeodato<sup>106</sup>, acerca da dicotomia entre a objetologia e a retórica. Assim como as demais dicotomias anteriormente apresentadas – como a relativa ao ser humano, por exemplo –, ela é, antes de tudo, tipificada.

Ou seja, todas as dicotomias suscitadas acabam por consistir os *tipos ideais* de Weber<sup>107</sup>. Não há pensamento exclusivamente essencialista ou objetológico, “assim como não há teoria exclusivamente retórica sem uma base ontológico-descritiva (pelo menos o ‘ser humano se comunica’ tem de ser universalmente aceito ao se iniciar o discurso)”<sup>108</sup>. Os tipos

<sup>103</sup> KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002b, p. 41.

<sup>104</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 47; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17; CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 22.

<sup>105</sup> ZOHAR, Dannah. **O ser quântico**. Tradução: M. A. Van Acker. São Paulo: Editora Beste Seller, 1990, p. 41.

<sup>106</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 243.

<sup>107</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade** – Fundamentos da sociologia compreensiva. v. I. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília-DF: Editora Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999a, p. 76.

<sup>108</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2007, p. 243.

ideais auxiliam a compreensão, e são para isso que servem as distinções, as dicotomias, os códigos binários<sup>109</sup>.

Os tipos ideais revelam que o ato de decisão judicial, como ato existencial, é sempre ato calcado em dicotomias: lícito/ilícito ou, ainda, legítimo/ilegítimo. Por isso, é também o ato sempre distanciado da realidade para a qual está voltado, neste caso, o conflito real, o delito. O tipo ideal, como critério, “possibilita ver as incongruências que surgem da tentativa de graduar o conhecimento por meio de uma *adequação a objetos* externos ao próprio discurso”<sup>110</sup>, e potencializa as dificuldades de uma concepção objetológica de decisão judicial temente à verdade.

Não foi por outra razão que Nietzsche, com o estilo que lhe é peculiar, ridicularizando aqueles que desprezam a linguagem, relata uma pequena fábula sobre a problemática que aqui se enfrenta:

Em algum recanto remoto do universo cintilante, derramado por incontáveis sistemas solares, houve uma vez um astro em que animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais soberbo e mais mentiroso da ‘história universal’: foi, porém, apenas um minuto. Depois de uns poucos fôlegos da natureza, o astro congelou-se e os animais inteligentes tiveram de morrer [...]. É notável que o intelecto chegue a isto, logo ele, que foi concedido aos mais infelizes, delicados e perecíveis dos seres apenas como meio auxiliar para que possam existir um minuto [...]”<sup>111</sup>.

Nota-se, diante do exposto, que a partir de um paradigma gnosiológico, como sustentam os defensores do *desconstrutivismo*, na linha de Nietzsche<sup>112</sup>, os teóricos da objetologia impõem seus sistemas eliminando ou, pior, desconhecendo os efeitos desconstrutivos da linguagem. O mesmo parece ocorrer com os teóricos do processo penal<sup>113</sup> que insistem, ainda hoje, na defesa de uma verdade material, e, mais ainda, que o magistrado deve estar comprometido em persegui-la ao longo do processo, e que, por conta disto, sua decisão seria um sopro de certeza e uma janela na sua existência.

Mas o drama existencial do ser humano – logo, do juiz –, é o drama da escolha. Escolher é conviver com a dúvida<sup>114</sup>. O direito e o ato de decisão judicial tornam-se a arte da

<sup>109</sup> LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro Marcondes. São Paulo: Paulus, 2005, p. 37.

<sup>110</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 243.

<sup>111</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Da retórica**. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. Lisboa: Vega, 1995, p. 84.

<sup>112</sup> DE MAN, Paul. *Rhetoric as jurisprudence: An introduction to the politics of legal language*. In: **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 4. Oxford University Press: 1984, p. 88-122.

<sup>113</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17; CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 22.

<sup>114</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Verità, dubbio e certezza*. **Rivista di Diritto Processuale**, v. XX (II serie). Roma: 1965, p. 6.

adivinhação: constata-se a sua necessidade e encobre-se a sua impossibilidade<sup>115</sup>. Quando a segurança das premissas desaparece, todo ato de decisão judicial torna-se ideológico<sup>116</sup>.

“A desconstrução de um texto filosófico quer desfazer a ideia – segundo Derrida, uma das principais ilusões da metafísica ocidental – de que a razão pode, de alguma maneira, dispensar a linguagem”<sup>117</sup>, alcançar a revelação da verdade ou obter uma metodologia pura e autojustificável, ou, ainda, impor um modelo não-auto-referente<sup>118</sup>, alheio ao próprio discurso, um sistema racional hetero-referente<sup>119 120</sup> ao sistema da linguagem. Tentativa, apenas uma tentativa.

Como ocorre com o texto filosófico, o texto da lei – acórdão, súmula, ou qualquer outro de relevância jurídica – não carrega consigo a verdade, nem tampouco a “razão” do magistrado encontra-se apta a oferecer qualquer certeza. O drama existencial da decisão judicial é o drama atávico do ser humano da procura pela segurança. Mas a segurança é um éter: seu odor é volátil, e logo se dissipa no ar<sup>121</sup>.

Como ato de existência, o ato de decisão judicial é, a um só tempo, ato de compreensão e de supracompreensão, no sentido que lhe empresta Jonathan Culler<sup>122</sup>. Amiúde: o ato de decisão judicial envolve perguntar e encontrar respostas que o texto dos autos e da lei oferecem, bem como fazer as perguntas que o texto dos autos e da lei “não colocam ao seu leitor-modelo”<sup>123</sup>, um protótipo de juiz, mas que podem surgir diante de um juiz carente. Um juiz carente que faz perguntas “que o texto *não* incita a fazer sobre ele”<sup>124</sup>.

Se interpretação é a reconstrução da intenção do texto, essas são “perguntas que não levam àquele caminho; indagam o que é o texto, e como se relaciona com outros textos e com outras práticas; o que oculta ou reprime; o que afirma ou do que é cúmplice”<sup>125</sup>. Nesse

<sup>115</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Arte do Direito**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Editora Bookseller, 2003, p.10.

<sup>116</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida E Certeza”, de Francesco Carnelutti, Para os operadores do Direito. In: Carvalho, Salo *et al.* **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos** (2001/2002). Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002, p. 39.

<sup>117</sup> ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 244.

<sup>118</sup> Optou-se também por manter a grafia original desta palavra, em conformidade com a fonte bibliográfica utilizada, em vez de adequá-la à Reforma Ortográfica, segundo a qual a grafia correta seria *não-autorreferente*.

<sup>119</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 44.

<sup>120</sup> Optou-se por manter a grafia original da palavra. Com a Reforma Ortográfica: *heterorreferente*.

<sup>121</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado do Direito**. Tradução: Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, 332.

<sup>122</sup> CULLER, Jonathan. Em defesa da superinterpretação. In: ECO, Umberto. **Interpretação e Superinterpretação**. Tradução: MF. Revisão da tradução e texto final Mônica Stanhel. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 135.

<sup>123</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 136-37.

sentido, o ato de decisão judicial é um procedimento apócrifo. Mais que isso, é uma forma, no sentido que lhe empresta Walter Benjamin<sup>126</sup>.

A linguagem é destituída de essência, reconstrutível ao longo do processo e delimitada pela atuação dos interlocutores enquanto atores da peça processual cênica. O ato de decisão judicial lembra, então, um anagrama: os textos, as palavras precisam ser reorganizadas de acordo com o caso concreto.

O ato de decisão judicial, desta forma, enquanto oriundo de textos (da lei, dos autos...), mas não apenas deles, é ato delimitado por seu contexto, “mas que o contexto em si é ilimitado: sempre existirão novas possibilidades contextuais a serem apresentadas”<sup>127</sup>, de modo que a única coisa, no que toca à decisão judicial, “que não se pode fazer é estabelecer limites”<sup>128</sup>. Aquele que não reler o texto condena-se a ler a mesma história em todos os lugares, limita-se a reconhecer o que já pensa ou sabe<sup>129</sup>.

Este cenário parece insinuar que o magistrado, quando do ato de decisão judicial – leia-se, dentro do problema de sua existência, e, portanto, do drama da escolha entre as possibilidades de decisão –, encontrar-se-ia livre de qualquer limite. A decisão seria apenas fruto de sua criação e de seus interesses. Todavia, tal ilação é equivocada ou, porque não dizer, ingênua, vez que os mecanismos semióticos existentes<sup>130</sup>, as ideologias infraestruturadas e os aparelhos hegemônicos<sup>131</sup>, funcionam de maneira recorrente e disfarçada, sem que possam ser identificados de antemão<sup>132</sup>.

O ato de decisão judicial apresenta, então, sua face violenta. Isto porque, desconstrutivamente, como salienta Derrida, ou a decisão se dá sem certeza decidível, ou o que há é a certeza do indecidível, mas sem decisão. “De qualquer modo, sob uma forma ou outra, o indecidível está nos dois lados, e é a condição violenta do conhecimento ou da ação”<sup>133</sup>. Logo, não há conhecimento sem violência, vez que este é sempre imposição de uma

<sup>126</sup> BENJAMIN, Walter. A Tarefa do Tradutor. **Cadernos do Mestrado em Literatura**. 2. ed. Rev. e aum. Traduzido por um grupo de alunos de pós-graduação em Literatura Brasileira do Instituto de Letras da UERJ, e revisto por Johannes Kretschmer. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 1994, p. 36.

<sup>127</sup> CULLER, Jonathan. Em defesa da superinterpretação. In: ECO, Umberto. **Interpretação e Superinterpretação**. Tradução: MF. Revisão da tradução e texto final Mônica Stanhel. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 143.

<sup>128</sup> BENJAMIN, *Op. cit.*, 1994, p. 47.

<sup>129</sup> BARTHES, Roland. **Mitologias**. Tradução: Rita Buongiorno e Pedro de Souza. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 78.

<sup>130</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 90.

<sup>131</sup> GRAMSCI, Antônio. **Escritos Políticos, v. 1**. Organização e Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 59.

<sup>132</sup> CULLER, *Op. cit.*, 2005, p. 144.

<sup>133</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: O “Fundamento místico da autoridade”**. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 130.

apreensão do evento real incapturável por um dado sujeito cognoscente, e, a seguir, é imposto aos demais sujeitos da comunicação.

Portanto, o ato instrutório do magistrado ao longo do processo é um ato violento. Mas não apenas isso. O ato de decisão que se relaciona com o ato de instrução de forma dialética, à medida que toda decisão implica conhecimento e todo conhecimento é orientado por uma decisão, também é ato de violência. Violência que resulta tanto da imposição de um ato do *ego* sobre o *alter* – o acusado –, quanto da impossibilidade gnosiológica da certeza transformada fictamente em certeza (coisa julgada).

Como se vê, o ato de decisão judicial, tomado como ato existencial, não é ato singelo como faz parecer a dogmática jurídica. É antes ato ambivalente fundado em incertezas, mas destinado a construir uma certeza, a coisa julgada. E, desta forma, o presente capítulo parece cumprir a sua função, para que, ao final da pesquisa, se possa analisar com maior profundidade o problema da relação entre o ato de decisão judicial, a televisão e a ideologia, e suas possíveis consequências para o processo penal. Cabe agora indagar-se como este ato de decisão judicial posiciona-se diante do dilema Modernidade e Pós-Modernidade.

## 2 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL: ENTRE A MODERNIDADE E A PÓS-MODERNIDADE

O aumento do *output* (informações ou modificações obtidas), diminuição do *input* (energia despendida) para obtê-las. São estes, pois, os jogos cuja pertinência não é nem o verdadeiro, nem o justo, nem o belo, etc., mas o eficiente: um ‘lance’ técnico é ‘bom’ quando é bem-sucedido e/ou quando ele despende menos que um outro. (LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. Tradução: Wilmar do Valle Barbosa. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2006, p. 80).

SUMÁRIO: 2.1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL NA MODERNIDADE. **2.1.1 Bases semânticas de uma definição de modernidade. 2.1.2 Alicerces sociológicos do edifício da modernidade. 2.1.3 Sociedade e procedimento (Luhmann). 2.1.4 Procedimento judicial. 2.1.5 A modernidade e o seu mal-estar (Freud).** 2.2 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL NA PÓS-MODERNIDADE. **2.2.1 O cenário da pós-modernidade e o seu mal-estar (Bauman). 2.2.2 A crise de legitimidade do ato de decisão.** 2.3 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E SUAS TRÊS LINHAS ESTRATÉGICAS. **2.3.1 O ato de decisão judicial e uma concepção positivista-retórica.**

O presente capítulo pretende responder ao seguinte problema: o ato de decisão judicial sofreu grandes alterações na passagem da Modernidade para a Pós-Modernidade? Se tais alterações ocorreram, quais seriam?

Indagar sobre a existência de alterações, e quais seriam estas propriamente, reclama, necessariamente, que se tenha um guia para essa caminhada. O guia que irá iluminar esta jornada e que, ao mesmo tempo, acaba por desempenhar o papel de hipótese, é a suposição de que de o ato de decisão judicial na Era Pós-Moderna desvincula-se do paradigma da segurança e atrela-se a uma concepção positivista-retórica. Concepção que não que exclui as *aporias* próprias da contemporaneidade, mas que delas se apropria e com as quais convive.

A metamorfose do ato de decisão judicial em meio a esta mudança de paradigma implica uma caminhada dividida em três etapas. A primeira consiste na apreciação do ato de decisão judicial sob o prisma da modernidade. A segunda reside em analisá-lo sob o ângulo da pós-modernidade. A derradeira fase constitui a observação do ato de decisão judicial a partir de três linhas estratégicas.

Na primeira etapa, o desafio será enfrentado a partir de cinco nuances. A primeira nuance será a de delimitar as bases semânticas de uma definição de modernidade e sua relação com o ato de decisão judicial. A segunda consistirá na definição dos alicerces sociológicos do edifício da modernidade, e como estes interagem com o ato de decisão judicial. Na terceira nuance, a partir do pontuado na nuance anterior, contextualizar-se-á o ato de decisão judicial em meio à interação com a sociedade e com o procedimento, sustentada por Luhmann<sup>134</sup>, delimitando-se, nesta ocasião, o que este autor entende por procedimento judicial. Na quinta e última nuance, ressaltar-se-á a questão do mal-estar da modernidade (Freud)<sup>135</sup> e seu enlace com o ato de decisão judicial.

Na segunda etapa, o ato de decisão judicial será contextualizado no cenário da pós-modernidade e do mal-estar (Bauman)<sup>136</sup> por ela ocasionado. Abordar-se-á, logo a seguir, a difícil questão da crise de legitimidade do ato de decisão judicial.

Já nos atos finais do capítulo, na terceira etapa, analisar-se-á a proposta de um ato de decisão judicial que esteja de acordo com uma concepção positivista-retórica. Por fim, enfrentar-se-ão os problemas pelos quais passa o ato de decisão judicial na contemporaneidade.

A percepção da trajetória do ato de decisão judicial, nesta passagem da modernidade para a pós-modernidade, é aspecto de grande importância no que toca à interação desta transição com a relação entre o ato de decisão judicial, a televisão e a ideologia<sup>137</sup>, e suas possíveis consequências para o processo penal. Isto porque a pós-modernidade, como fenômeno sociológico-jurídico<sup>138</sup> que é, acaba por se infiltrar em todos os orifícios desta relação permeável, adquirindo fundamental importância para uma análise dessa relação nos dias atuais.

Para começar uma caminhada, é preciso dar um primeiro passo. E o primeiro passo é perguntar-se quais são os caracteres do ato de decisão judicial na Era Moderna. Como uma indagação leva a outra, torna-se evidente que, para relacionar os caracteres do ato de decisão

---

<sup>134</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Unb, 1980, *passim*.

<sup>135</sup> FREUD, Sigmund. **O Futuro de uma Ilusão (1927) / O Mal-Estar na Civilização (1930[1929])** v. XXI. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. v. XXI. Rio de Janeiro: IMAGO, 1974.

<sup>136</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, *passim*.

<sup>137</sup> FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. v. I. 6. ed. Porto Alegre: Globo, 1984, p. 23-27.

<sup>138</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 130.

judicial na Modernidade, resta imprescindível delimitar o que se entende por Modernidade para os fins de uma teoria geral do direito.

## 2.1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL NA MODERNIDADE

Trilhar o caminho que desenha o ato de decisão judicial na Modernidade exige delimitar, desde logo, as bases semânticas de uma definição de modernidade. Já que, para compreender os contornos do ato de decisão judicial de acordo com a modernidade, é preciso delimitar o que se entende por modernidade. A tarefa de delimitar uma definição de modernidade reclama tanto o estabelecimento das bases semânticas do termo quanto a fixação de seus alicerces sociológicos, vez que a modernidade não é uma simples época da história, um lapso de tempo, mas, antes, um fenômeno cultural<sup>139</sup>.

A história não é “naturalmente” uma linha evolutiva dos acontecimentos humanos. Logo, a modernidade e o ato de decisão judicial, que carrega seus caracteres, também não podem ser assim compreendidos, porque o próprio vocábulo “evolução” pode ser entendido sob diversos enfoques: o linear, o circular e o helicoidal<sup>140</sup>.

A concepção linear, propositalmente a mais difundida<sup>141</sup>, sustenta que a história é uma linha em constante progresso acumulativo, a qual nunca experimenta retrocessos. A abordagem circular sufragava a tese de que a história é cíclica, marcada por avanços e retrocessos. A proposta helicoidal defende que a história é uma linha evolutiva cíclica, que admite avanços e retrocessos, havendo uma preponderância daqueles sobre estes<sup>142</sup>.

Disso resulta que o vocábulo evolução (progresso) demanda cautela, vez que a opção por qualquer uma das vertentes de história mencionadas é sempre, em última análise,

<sup>139</sup> Como adverte Tobias Barreto, “o Direito é um produto da *cultura humana*. Por conseguinte, ele não é uma entidade metafísica, superior e anterior ao homem, mas sim produto do desenvolvimento histórico”. O direito é, pois, uma disciplina social, portanto, nenhum instituto jurídico, “por mais elevado que seja na escala evolucionar, deixa de carregar consigo um caráter finalístico”. Sendo assim, “o direito é um instituto humano; é um dos modos de vida social, a vida pela coação, até onde não é possível a vida pelo amor; o que fez Savigny dizer que a necessidade e a existência do direito são uma consequência da imperfeição do nosso Estado”. (BARRETO, Tobias. **Introdução do Estudo do Direito** – Política Brasileira. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 31-36).

<sup>140</sup> MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 193. Consulte-se, ainda, KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991, p. 34.

<sup>141</sup> Uma história linear evolutiva e comprometida com o progresso é sempre uma história comprometida com a ideologia capitalista. (Cf. MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **Ideologia Alemã**. Tradução: Rubens Enderle, Nélio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007, p. 46).

<sup>142</sup> Bem adverte Orlando Gomes que a história é via de fluxos e refluxos simultâneos. “O processo histórico não flui num só ritmo. Na sua trajetória, reportam coexistências incongruentes, já que os fenômenos sociais raramente marcham com a mesma cadência”. (Cf. GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 18).

uma opção ideológica. Se assim é, a opção por correlacionar a modernidade e o ato de decisão judicial por ela modelado, vinculando o ato de decisão judicial a um lapso de tempo, é, também, uma opção ideológica. Desta circunstância, tanto o jurista quanto o operador do direito devem ter consciência<sup>143</sup>.

Sendo assim, impõe-se traçar as bases semânticas de uma definição de modernidade. Não porque se queira com tal providência eliminar qualquer aspecto ideológico – o que seria ingenuidade ou pretensão – de um conceito histórico de modernidade. Mas, sim, porque se deseja delimitar de melhor forma o raio de extensão de tal noção, e, desta maneira, perceber de forma mais precisa como ela influencia na construção do ato de decisão judicial.

### 2.1.1 Bases semânticas de uma definição de modernidade

A semântica é a arte de correlacionar ideias a símbolos<sup>144</sup>, o conceito ao objeto que ele aspira designar. Desta forma, a tarefa de fincar as bases semânticas do conceito de modernidade é, antes de tudo, a missão de estipular a correlação entre este conceito e o seu respectivo objeto. À medida que tal correlação for mais bem precisada, maior será a capacidade de desenhar a imagem do ato de decisão judicial. Tendo-se em mente este objetivo, selecionam-se aqui dois pilares centrais para construir os pressupostos semânticos de um conceito instrumental de modernidade<sup>145</sup>.

O primeiro pilar é calcado partir de um conceito de modernidade qualitativo, referente a um “estado inusitado que o direito apresenta como forma de organização social”<sup>146</sup>. Ou seja, insiste-se em que o conceito de modernidade não é simples produto do decorrer do tempo marcado por uma história. “Para ser moderna, não é suficiente uma sociedade pertencer aos séculos XIX, XX ou XXI; ela precisar apresentar certas características específicas em sua estrutura organizacional”<sup>147</sup>. Assim, o ato de decisão judicial que tenha suas balizas fixadas na modernidade não é ato de índole exclusivamente histórica. Histórico todo ato de decisão judicial é, mas nunca se limita a apenas isto, pois é a própria história que demonstra a complexidade dos fenômenos.

---

<sup>143</sup> Nesse sentido é que Orlando Gomes de forma adequada acentua que “o Direito pertence à superestrutura da sociedade”, “logo deve ser de certo modo em relação à ordem econômica”. Ou seja, o Direito “é necessariamente ideológico”. (Cf. GOMES, Orlando. **Marx e Kelsen**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1959, p. 48).

<sup>144</sup> Sobre o tema, consulte-se o capítulo I.

<sup>145</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 194.

<sup>146</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 194-195.

Assim como os ordenamentos jurídicos fundamentalistas dos dias atuais que atrelam o direito à religião de forma inseparável (ou, ainda, os Estados lastreados no nepotismo e em relações de parentesco ou amizade) não são modernos no sentido aqui delimitado, também não é pós-moderno todo e qualquer ordenamento jurídico ou acontecimento a este vinculado que ocorra na “era da globalização”, vez que os elementos característicos da modernidade não se subordinam a prazos. O próprio tempo é uma convenção humana<sup>148</sup>.

Destarte, o direito orientado pelo paradigma da modernidade e o ato de decisão judicial por ele formatado são sempre estruturas dogmaticamente organizadas, que, enquanto fenômenos racionais, têm por finalidade dominar a natureza que o cercam<sup>149</sup>. O direito e o ato de decisão judicial moderno tornam-se, assim, instrumentos da racionalidade humana – ideias – voltados a controlar o mundo da natureza, os eventos reais. Direito que busca se autoafirmar perante a sociedade a partir do paradigma das ciências naturais. Ato de decisão judicial que visa oferecer a mesma segurança que as fórmulas matemáticas. Um direito que aspira obter resultados impressionantes como os proporcionados, por exemplo, pela Física<sup>150</sup>. Em suma, um ato de decisão judicial que não se contenta com menos que a certeza. O direito moderno é o direito dogmatizado, e, na era da modernidade, todo ato de decisão judicial é ato escorado na dogmática jurídica.

Portanto, o ato de decisão judicial norteado pelo paradigma da modernidade, conforme o primeiro pressuposto semântico do conceito de modernidade aqui proposto, toma por baliza a dicotomia entre as ciências naturais e sociais. Neste contexto, o ato de decisão judicial encontra-se inserido num ordenamento jurídico complexo de uma sociedade heterogênea (diferenciada<sup>151</sup>), crente no artefato da racionalidade, e que busca por meio da legalidade proporcionar segurança às pessoas em suas relações sociais, assegurando suas expectativas, e, portanto, dogmatizando o direito. Eis o ato de decisão judicial delimitado pelos marcos característicos da modernidade: um ato em busca da certeza, compulsivo pela

---

<sup>148</sup> PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas. Tempo, caos e leis da natureza**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 1996, p. 7.

<sup>149</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 62.

<sup>150</sup> *Idem*. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p.34-35.

<sup>151</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: para além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11-17.

segurança, paranóico pela verdade, traumatizado pela dúvida<sup>152</sup>, e estrategicamente procedimentalizado<sup>153</sup>, de sorte a encobrir as ideologias que lhe são subliminares<sup>154</sup>.

O ato de decisão judicial no Estado Moderno<sup>155</sup> é o ato voltado à ascensão da lei, que toma por premissa um Estado pretensioso, que pretende deter o monopólio na produção das normas jurídicas e da resolução dos conflitos. O ato de decisão judicial na era moderna é um ato guiado pelo positivismo jurídico<sup>156</sup>. O mesmo positivismo jurídico que tem nos costumes a maior evidência do caráter ficcional do monopólio estatal<sup>157</sup>. Este caráter, para ser sustentado, apresenta um elevado custo, o de acentuar a crise do Estado, a qual, por sua vez, germina o surgimento de mecanismos sociais de controle de conflito paralelos ao Estado<sup>158</sup>.

O segundo pilar semântico do conceito de modernidade e do ato de decisão judicial a ele vinculado é o seu caráter escatológico<sup>159</sup>. Escatologia tem duas significações possíveis. Uma, decorrente do grego *skór* (gen. *skatós*), isto é, excremento ou qualquer coisa a ele relativo, que, por razões evidentes, não será o significado aqui empregado. E um segundo, oriundo do vocábulo grego *éskhatos*, ou seja, uma “doutrina sobre a consumação do tempo e da história”, um “tratado sobre os fins últimos do homem”<sup>160</sup>, fim dos tempos. O ato de decisão judicial comprometido com o caráter escatológico da era moderna é ato orientado pela busca das verdades universais e atemporais. É ato apegado à imutabilidade da certeza. Certeza como palavra final, último termo, nada após si.

A iniciativa de repudiar teorias escatológicas sobre o ato de decisão judicial funda-se no entendimento de que a História, enquanto porvir, é um enigma, e nada assegura para o

<sup>152</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 47-49.

<sup>153</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64.

<sup>154</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 98.

<sup>155</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Coordenação José Joaquim Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, *passim*.

<sup>156</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 16. A expressão *positivismo jurídico* não se confunde com *dogmática jurídica*. Esta é mais restrita e encontra-se naquela inserida. A expressão positivismo jurídico pode ser compreendida ou como todo direito posto, ainda que não seja pelo Estado (positivismo em geral), ou como todo direito posto pelo Estado (Kelsen, Del Vecchio), ou como todo direito posto pelo Estado, e previsto em lei (Escola da Exegese), *cf.* ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 321. Sobre as Escolas Dogmáticas, em especial as escolas da Exegese, a Pandectista, a da Jurisprudência dos Conceitos, a de Viena e da Jurisprudência dos Interesses, consulte-se ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 255-256.

<sup>157</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 17.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>159</sup> Nesse sentido, SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p.26-28. Em sentido contrário, ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 195.

<sup>160</sup> Escatologia. *In:* FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 686. Sobre as conexões entre o pensamento metodológico moderno e suas origens teológicas, *cf.* SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia - secularização e crise no pensamento jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 95 *et seq.*

instante seguinte. O futuro, em si mesmo, não existe<sup>161</sup>, é apenas uma construção linguística formulada pelo ser humano com o escopo de tentar dominar o desconhecido, o nada<sup>162</sup>. Ou seja, o futuro é, no máximo, um vocábulo pretensioso, pois aspira controlar o que não existe. Logo, o ato de decisão judicial deve desapegar-se da certeza, vez que esta subestima ou ignora a noção de futuro.

Não se sustenta, assim, que os marcos de organização e de racionalidade do direito e do ato de decisão judicial estabelecidos como modernos constituam um caminho por meio do qual serão submetidos todos os povos, todos os Estados e seus respectivos ordenamentos jurídicos. Modernidade não é o destino de todos os Estados, é uma construção linguística orientada por uma dada ideologia.

Com efeito, muitos dos sistemas *alopoiéticos*<sup>163</sup> contemporâneos apresentam outras formas também altamente complexas e estáveis, estrategicamente bem sucedidas de positivação do direito<sup>164</sup>, sem possuírem qualquer vínculo com o paradigma da modernidade. Ou seja, a modernidade e o ato de decisão judicial a ela atrelado não são consequências necessárias e universais a que todas as sociedades e seus respectivos ordenamentos jurídicos ver-se-ão submetidos deterministicamente. Eles podem, antes, ser consequências de sistemas *alopoiéticos* contextualizados em sociedades complexas.

O fenômeno da positivação do direito<sup>165</sup>, e o ato de decisão judicial por ele orientado, tal como desenhado pela modernidade, também não são fatos cabalisticamente inafastáveis de todo e qualquer ordenamento jurídico, mas construção linguística ideologicamente disseminada. É essa última característica que viabiliza compreender a positivação do direito como a possibilidade do direito ser imposto por meio de decisões, e, por decisões, ser também substituído<sup>166</sup>, transformando-se em mecanismo de controle e de mutação social, capaz de “influir no cotidiano das pessoas até níveis historicamente inusitados e de fazer com que a ordem social dependa de normas jurídicas emanadas em larga escala daqueles centros decisórios”<sup>167</sup>. Em síntese, a positivação do direito<sup>168</sup> e o ato de decisão judicial, que lhe é correlato, também são construções linguísticas conduzidas por uma

<sup>161</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 195.

<sup>162</sup> SARTRE, Jean Paul. **O Ser e o Nada**. Tradução: Paulo Perdigo. Petrópolis : Editora Vozes, 1997, p. 98-99.

<sup>163</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Unb, 1980, p. 153 *et seq.*

<sup>164</sup> ADEODATO, *Op.cit.*, 2006, p. 26-39.

<sup>165</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Tênis e Leviatã: uma relação difícil: para além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 18-24.

<sup>166</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: RT, 1980, p. 66 *et seq.*

<sup>167</sup> ADEODATO, *Op.cit.*, 2006, p. 67.

<sup>168</sup> NEVES, *Op.cit.*, 2006, p. 18-24.

ideologia<sup>169</sup>, e que, uma vez situadas dentro de um modelo de Estado Moderno, ganham feições escatológicas.

Desta forma, a positivação do direito, tomada como fenômeno moderno, é fenômeno que inova a relação entre o ser humano e o evento real, entre o juiz e o caso real, à medida que, mesmo sendo marcada pelos dois níveis de generalização intrínsecos ao abismo gnosiológico, objetiva proporcionar a certeza própria das teorias escatológicas e de uma linguagem objetológica. Em meio a este cenário de tendências, o ato de decisão judicial grifado pelo paradigma da modernidade, e atrelado à positivação do direito, toma como pressupostos “a supremacia das fontes estatais do direito, a supremacia da lei, em detrimento de outras fontes tradicionais de normas jurídicas, e a pretensão de monopólio, por parte do Estado, na produção dessas decisões normativas”<sup>170</sup>.

Neste contexto, o ato de decisão judicial pressupõe um modelo de Estado do tipo *big brother*<sup>171</sup>. Um Estado que tudo controla e que tudo monitora<sup>172</sup>. Um Estado em crise nos dias atuais e que, diante dos problemas da contemporaneidade, como a crise de sua soberania<sup>173</sup>, acaba tendo dificuldades em legitimar as suas decisões por meio do poder judiciário<sup>174</sup>. Dificuldades que a tradição, o carisma e a razão (Weber)<sup>175</sup> já não parecem ter a capacidade de dirimi-las. Dificuldades que transcendem a figura do Estado, o qual agora é

<sup>169</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 53-55.

<sup>170</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 67.

<sup>171</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade e a Justiça**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 133-34.

<sup>172</sup> O "Grande Irmão" (em inglês: *Big Brother*) é um personagem fictício do romance *1984* de George Orwell, o enigmático ditador da Oceania. Na sociedade descrita por Orwell, todas as pessoas estão sob constante vigilância das autoridades, principalmente por teletelas (*telescreen*), sendo constantemente lembrados pela frase propaganda do Estado: "o Grande Irmão zela por ti" ou "o Grande Irmão está te observando" (do original, "*Big Brother is watching you*"). A descrição física do "Grande Irmão" assemelha-se a Josef Stalin ou a Horatio Herbert Kitchener. O conceito originado transposto para a sociedade moderna é o domínio das massas por mídias, na condição de quase monopólio de audiência, senão totalitárias. Elas podem ditar regras nos costumes, fazer e/ou desfazer idolatrias e fazerem-se de vias para a condução de uma cultura.

<sup>173</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno** – nascimento e crise do Estado Nacional. Tradução: Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. Revisão da Tradução: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-63.

<sup>174</sup> Convém assinalar que a expressão *poder judiciário* foi empregada com letras minúsculas. Duas são as finalidades que motivaram essa decisão: de um lado, destacar o caráter retórico desta dissertação; de outro, denunciar a interferência da ideologia na composição e utilização dos signos. Tal estratégia será empregada em outras situações semelhantes, nas quais o vocábulo, segundo as regras gramaticais ou de “uso comum”, seja normalmente utilizado com grafia maiúscula. É o caso, por exemplo, de vocábulos como constituição, poder constituinte originário, poder legislativo, juiz, ministério público, dentre outros.

<sup>175</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade** – Fundamentos da sociologia compreensiva. v. I. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília-DF: Editora Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999a, p. 122-130. Tradição, a continuidade histórica da dominação, transmitida de “forma natural” de uma geração para outra. Carisma, a crença depositada no líder, o qual é tomado como exemplo pelos dominados. Razão-legal, os comandos emanados pelos detentores do poder, presumivelmente racionais, apresentados sob os rótulos de imparcialidade, de generalidade e adequação.

tomado como aparelho hegemônico da ideologia capitalista<sup>176</sup>. Dificuldades que também já revelam que os conceitos de Estado<sup>177</sup> e de poder não mais se confundem, uma vez que aquele serve a este<sup>178</sup>.

Resta, então, a seguinte indagação: por que durante tanto tempo, e ainda hoje, a modernidade jurídica exerce tanto fascínio no que toca ao ato de decisão judicial? Diante desta indagação, há três justificativas possíveis.

A primeira justificativa é o caráter estratégico que um modelo moderno de decisão judicial parece desempenhar enquanto super-estrutura de uma ideologia capitalista<sup>179</sup>. Ademais, a dogmatização do direito e a racionalização do ato de decisão judicial parecem desempenhar importante papel na busca do Estado em se fazer soberano perante os demais Estados. Isto é, a positivação<sup>180</sup> do direito e o ato de decisão judicial subordinado a um paradigma moderno acabam por serem vendidos ao Estado pela ideologia capitalista como caminhos indispensáveis em busca da “supremacia militar, ideológica e política do mundo atual”<sup>181</sup>.

Uma segunda justificativa é o papel simbólico que a “mera aparência de dogmatização e sua adoção como discurso”<sup>182</sup>, além do caráter moderno do ato de decisão judicial, parecem desempenhar enquanto funções política e jurídica. Em suma, a eficácia anestésica deste discurso. Um discurso que prega um ato de decisão judicial lastreado na segurança jurídica, como forma de conter o mal atávico da insegurança que incomoda o ser humano e, por consequência, o juiz.

Quando se suscita uma eficiência simbólica do ato de decisão judicial subordinado ao paradigma da modernidade, tal discurso traz em si o gérmen da infra-estrutura econômica<sup>183</sup>. Logo, um ato de decisão judicial eficiente é, em última análise, um ato comprometido com o código ter/não-ter do sistema econômico<sup>184</sup>. Quando a eficiência do ato

<sup>176</sup> GRAMSCI, Antônio. **Escritos Políticos**, v. 1. Organização e Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 167-174.

<sup>177</sup> Optou-se por manter a grafia *Estado*, e não *estado*, ao contrário dos casos semelhantes, para que não se confunda o primeiro (instituição politicamente, socialmente e juridicamente organizada) com o segundo (situação momentânea).

<sup>178</sup> MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **Ideologia Alemã**. Tradução: Rubens Enderle, Nélcio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007, p. 53-57.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 58-61.

<sup>180</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: para além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 18-24.

<sup>181</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 197.

<sup>182</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>183</sup> PASUKANIS, Eugeni Bulygin. **Teoría general Del derecho y marxismo**. Tradução: Virgílio Zapatero. Barcelona: Labor, 1976, p. 23-32.

<sup>184</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 140-147.

de decisão judicial transforma-se em necessidade, antes já se disseminaram no tecido social a incredulidade na lei e a impaciência pela espera de uma decisão judicial<sup>185</sup>.

A terceira justificativa é que o direito dogmático e o ato de decisão judicial guiado pelo paradigma da racionalidade moderna são transformados nos dias atuais, por mais paradoxo que isto represente, em um “elemento importante de exclusão/inclusão no mundo globalizado, no padrão de aferição do grau de civilização de uma sociedade”<sup>186</sup>, tornando-se “pré-condição inclusive para o comércio e a atração de investimentos”<sup>187</sup>. A dogmatização do direito e o ato de decisão judicial subordinado ao paradigma da modernidade tornam-se visto de acesso ao mundo globalizado<sup>188</sup>.

Diante da era da globalização, conforme salienta Adeodato, é possível supor duas possibilidades no que toca ao relacionamento que esta possa vir a manter com a dogmatização do direito e com o ato de decisão judicial fundado dentro dos limites da modernidade. Por um lado, com o enfraquecimento do Estado Nacional Moderno, é possível imaginar que a globalização implique a eliminação das “formas de organização social sob as quais se vive, dentre as quais se”<sup>189</sup> sobressaem a dogmática jurídica e o ato de decisão judicial voltado à busca da segurança. Ou seja, a derrocada do paradigma moderno. Por outro, é admissível supor que a “globalização econômica virá a exigir cada vez mais uma globalização jurídica, e que esta partirá, certamente, dos padrões da dogmática estabelecida nos países dominantes política e economicamente”<sup>190</sup>.

Por todas essas razões, é indispensável estudar o ato de decisão judicial sob o enfoque da modernidade, dado o papel relevante ainda hoje desempenhado pela dogmática jurídica no cenário econômico, político e jurídico mundial. Obviamente, o próprio vocábulo “globalização” decorre de um contexto ideológico neoliberal. De qualquer forma, o que este

<sup>185</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Arte do Direito**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Editora Bookseller, 2003, p. 33.

<sup>186</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 198.

<sup>187</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>188</sup> O termo “globalização” é empregado aqui como fenômeno gerado entre o fim do século XX e início do século XXI, conduzido pela ideologia neoliberal e fundado sob os alicerces econômico (capitalismo), jurídico (dogmatização do direito), tecnológico (internet), comunicativo (mídia) e viário (revolução dos meios de transporte). Tal expressão é, por alguns autores, substituída pela expressão “mundialização”, conforme BASTOS, Celso Ribeiro. O abuso do poder econômico e o projeto de lei nº 3.712. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/SP**, São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 13, e FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 48. Este também é o entendimento de Friedrich Müller, ao consignar que o que se “globaliza é a lei do capital: a maximização do lucro de poucos, por meio da liberalização dos mercados financeiros internacionais. A mundialização é uma monetarização mundial”. Cf. MÜLLER, Friedrich. Globalização, exclusão social e democracia. **Anais**. Salvador, 11-15 nov. 2002. v. I. Brasília: 2003.

<sup>189</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 198.

<sup>190</sup> *Ibidem, loc. cit.*

cenário de possibilidades já adverte é que a relação entre “globalização” e o ato de decisão judicial amparado sob o marco da modernidade poderá sofrer grandes transformações nos próximos anos, constituindo um grande “desafio concreto à democracia, constituída a partir de Estados nacionais oriundos (desde antes) da modernidade”<sup>191</sup>.

Para aprofundar a problemática do ato de decisão judicial iluminado pelo farol da modernidade, faz-se necessário, agora, analisar os alicerces sociológicos do edifício da modernidade.

### 2.1.2 Alicerces sociológicos do edifício da modernidade

O objetivo, por agora, é precisar nuances básicas que uma sociedade necessita demonstrar para que possa vir a dogmatizar seu direito e, por consequência, seu ato de decisão judicial. É necessário salientar que suscitar a existência de pressupostos sociológicos atinentes ao marco da modernidade não é se opor, de forma alguma, ao que foi asseverado supra quanto à questão escatológica. Não se trata, portanto, de afirmar que toda sociedade que exiba tais pressupostos, inexoravelmente, veja seu ato de decisão judicial submetido ao edifício da modernidade, mas, sim, que tal circunstância incrementará esta possibilidade. O certo é que, sem a realização prévia de tais pressupostos sociológicos, é inviável falar de um ato de decisão judicial subordinado à modernidade<sup>192</sup>.

A organização dogmática do direito exige uma *estrutura piramidal*, uma estrutura na qual a norma superior sirva de suporte de validade à norma inferior, de acordo com a imagem de *Stufenbau* de Adolf Merkel, utilizada por Kelsen<sup>193</sup>. Surge, então, a necessidade de uma central de produção de normas, de um sistema para se relacionar com determinados tipos de situações previamente estabelecidas, que decidam de forma definitiva questões relacionadas com o próprio sistema, de sorte a dominar, desta maneira, a definição do que venha a se entender por direito e por ato de decisão judicial. A matriz que monopoliza a produção de normas é o Estado, o Estado Moderno<sup>194</sup>.

Como se vê, portanto, o primeiro alicerce sociológico do edifício da modernidade, e do ato de decisão judicial que lhe é correlato, é a existência de um Estado e a circunstância deste deter o monopólio da produção das normas. Eis aí um tema a ser bastante explorado na

<sup>191</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 198.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>193</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 323 *et seq.*

<sup>194</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 199.

contemporaneidade diante do marco da pós-modernidade, a partir de questões, por exemplo, levantadas pelos autores que defendem o aproveitamento do senso comum<sup>195</sup> por parte do direito, ou a utilização do direito “achado na rua”<sup>196</sup>, ou, ainda, aqueles que suscitam a crise da soberania<sup>197</sup>, dentre outros aspectos.

No Estado Moderno, o monopólio da produção de normas é, em verdade, o monopólio do poder legislativo. Fala-se, assim, na supremacia do poder legislativo sobre os demais poderes constitutivos do Estado. Esta circunstância talvez se dê, em certa medida, por conta da influência, até os dias atuais, da Escola da Exegese do Direito sobre grande parte dos operadores, que teimam em confundir norma com lei, ou vice-versa. Mas quando se distingue a norma da lei, e compreende-se aquela enquanto produto da interpretação do magistrado, dado o caráter necessário da interpretação<sup>198</sup>, logo se percebem os desafios que o ato de decisão judicial tem a enfrentar na era pós-moderna.

O fenômeno do Estado Moderno vem seguido por uma ideologia e por uma convicção razoavelmente generalizada, que buscam afastar o direito e o ato de decisão judicial a ele atrelado de outras “ordens normativas”<sup>199</sup>. O direito e, por consequência, o ato de decisão judicial ganham contorno de ciência à medida que passam a ter objeto e método próprios<sup>200</sup>. Neste contexto, surge uma teoria altamente complexa, uma teoria dogmática do direito, amparada na hierarquização das fontes do direito, no privilégio das fontes estatais (a lei) e na pretensão de monopólio da jurisdição, a qual acaba por determinar os contornos do ato de decisão judicial. O ato de decisão judicial torna-se, então, fundado na hierarquização das fontes do direito, no privilégio das fontes estatais (a lei), sobretudo com a pretensão de ser o principal instrumento do Estado Moderno na luta pelo estabelecimento e conservação do monopólio da jurisdição.

<sup>195</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 33-38.

<sup>196</sup> SOUZA JR., José Geraldo. Um direito achado na rua: o direito de morar. *In: O direito achado na rua*. 3. ed. Brasília: UnB, 1990, *passim*.

<sup>197</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno** – nascimento e crise do Estado Nacional. Tradução: Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. Revisão da Tradução: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 49-50.

<sup>198</sup> Pode-se imaginar o seguinte jogo silogístico: se a norma é produto necessário da interpretação, logo toda interpretação conduz a produção da norma! Convincente? Não, podem existir interpretações absurdas! Ou, então, um outro jogo: se a interpretação é necessária para que se produza a norma, logo toda norma é produto da interpretação! Convincente? Sim, contudo, convém assinalar que nem toda a doutrina concorda com esta assertiva. Nesse último sentido, *cf.* SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 44-45.

<sup>199</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 200.

<sup>200</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 79-119.

Neste cenário de acontecimentos, a orientação teórica que acaba por fundamentar a teoria dogmática do direito é o positivismo jurídico estatalista<sup>201</sup>. Este é aqui compreendido como a proposição de acordo com a qual o único direito existente é aquele, a um só tempo, tutelado pelo Estado e perceptível pelos órgãos do sentido como fenômeno empírico. Eis aí o quadro dentro do qual se encontra localizada a gravura do ato de decisão judicial. O ato de decisão judicial que deve estar amparado em provas, veículo de reprodução dos fenômenos empíricos, e que deve ser assegurado pelo aparato do Estado.

Sendo assim, o segundo pressuposto sociológico para dogmatização do direito e, por derivação, do ato de decisão judicial, é a “emancipação, a imunização do direito em relação aos demais agrupamentos de normas”<sup>202</sup>. O ato de decisão judicial, à medida que é dogmatizado, subordinando-se gradativamente ao paradigma da modernidade, não apenas passa a adotar como alicerce o axioma da inegabilidade dos pontos de partida, como também ambiciona imunizar-se das demais espécies de norma, vez que tal circunstância pode propiciar-lhe a aparência de imparcialidade e a imagem de ato atrelado à racionalidade. Tudo isso colabora, de forma simultânea, tanto para legitimar o ato de decisão judicial quanto para disfarçar a ideologia neoliberal capitalista<sup>203</sup> que nele é impregnada.

Uma sociedade só terá, em princípio, a capacidade de dogmatizar seu ato de decisão judicial caso haja uma relativa emancipação do sistema jurídico no que toca às demais espécies de normas e os demais subsistemas sociais, como a religião, a amizade, a moral, a política, a economia, a etiqueta. Tal faceta é descrita por Luhmann como *autopoiese*<sup>204</sup>, ou uma espécie determinada de autonomia do sistema jurídico. A se orientar pelo pensamento do professor alemão, o ato de decisão judicial de índole autopoietica, diferentemente da ideia de autoorganização, é caracterizado pela circunstância de se encontrar inserido dentro de um sistema, por se revelar como ato autônomo, livre das interferências dos demais subsistemas sociais, e por criar seus próprios elementos constitutivos de forma autorreferenciada.

Não é o objetivo do presente trabalho aprofundar a discussão sobre a perspectiva manejada pela teoria dos sistemas sociais de Luhmann ser ou não decorrência de uma ajustada “transposição de conceitos biológicos para a teoria do direito ou se essa estratégia das ciências

<sup>201</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 200.

<sup>202</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>203</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 90-92.

<sup>204</sup> Mais adiante, a questão do sistema autopoietico será aprofundada. Convém acentuar, desde já, que o conceito de autopoiese não se confunde com as expressões, por exemplo, auto-organização, ou auto-observação. Autopoiese é, antes, auto-referência, cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 110-122.

humanas e sociais em geral ajuda ou prejudica suas seriedade e especificidade”<sup>205</sup>, apesar de parecer evidente que tal iniciativa seja típica do paradigma da modernidade. Não obstante, forçoso é reconhecer que o aproveitamento do conceito de autopoiese<sup>206</sup>, neste contexto, sinaliza a opção pelo aproveitamento quer do conceito específico quer da estratégia genérica<sup>207</sup>.

Mesmo sabendo, num primeiro plano, que toda sociedade pode ser compreendida como autopoietica<sup>208</sup>, a partir do instante que a construção do sentido na comunicação vai fragmentando as relações sociais dos indivíduos concretos, passa-se a fazer alusão a uma autopoiese de segundo plano, “uma ‘diferenciação funcional’ nas ordens normativas”<sup>209</sup>. Essa diferenciação funcional<sup>210</sup> tem por fundamento a comunicação enquanto possibilidade, vez que esta serve de espeque à autopoiese dos subsistemas sociais.

A autopoiese do subsistema social do direito torna-se viável graças à sua operacionalidade diferenciada para com os demais subsistemas sociais, o que, por sua vez, só é possível em razão da diferenciação dos códigos comunicativos<sup>211</sup>. O subsistema social do direito, então, passa a operar por meio do código lícito/ilícito.

Com efeito, não é a teoria dos sistemas sociais que passa a conceber o direito enquanto subsistema social, mas, sim, a complexidade<sup>212</sup> das relações sociais que demandam a formulação da mencionada teoria, de sorte a fazer frente ao desafio das interações sociais na modernidade<sup>213</sup>. A dogmatização do direito e sua compreensão como um subsistema social são ferramentas teóricas da modernidade que visam controlar a maior complexidade do tecido social nela apresentado<sup>214</sup>.

<sup>205</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.201.

<sup>206</sup> MATURANA, Humberto & VARELA, Francisco J. **Autopoiesis and cognition – the realization of the living**. Dordrecht: D. Reidel, 1972, p. 73 et seq.

<sup>207</sup> Quanto à estratégia em geral de utilização de terminologias de uma seara do conhecimento por outra, consultar SOKAL, Alan & BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais – o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos**. Tradução: Max Altman. Rio de Janeiro – São Paulo: Record, 1999, *passim*, destaque para o prefácio à edição brasileira.

<sup>208</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: para além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 79-84.

<sup>209</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 201.

<sup>210</sup> NEVES, *Op. cit.*, 2006, p. 11-17.

<sup>211</sup> LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro Marcondes. São Paulo: Paulus, 2005, p. 36-48.

<sup>212</sup> NEVES, *Op. cit.*, 2006, p. 11-17.

<sup>213</sup> LUHMANN, Niklas & DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 1995, p. 302 et seq.

<sup>214</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Unb, 1980, p. 123-134.

É em meio a esse palco que se encontra o ato de decisão judicial: como um ator. O ato de decisão judicial é ato comprometido com a dogmatização do direito. Ato que deve ser entendido como elemento constitutivo do subsistema social do direito, e que deve se prestar a reproduzi-lo dentro do sistema social, e, ao mesmo tempo, diferenciá-lo dos demais subsistemas sociais, a exemplo da economia. Quanto maior a diferenciação do subsistema social do direito, maior a aparência de imparcialidade do ato de decisão judicial. Quanto maior a reprodução do subsistema social do direito, maior a importância do ato de decisão judicial, à medida que aumenta sua disseminação em meio ao tecido social.

Todavia, não se deve inferir destas ponderações que o fechamento operacional do subsistema social do direito implique, necessariamente, isolamento do direito autopoieticamente organizado e, por consequência, do ato de decisão judicial em relação aos demais subsistemas sociais, como a política, a economia, dentre outros. Fechamento operacional não significa isolamento, mas estabelecimento de critérios para admissão das influências desses outros subsistemas sociais<sup>215</sup>. Critérios que são impostos pelo próprio direito positivo, “mediante seus procedimentos de modificação e de adaptação, tais como novas legislações, jurisdição constitucional e concretizações jurisprudenciais em geral”<sup>216</sup>. Critérios que balizam o ato de decisão judicial na modernidade.

Essas balizas têm a finalidade de controlar a atividade do magistrado na confecção de seu ato de decisão, objetivando preservar o conceito de uniformidade do subsistema social do direito. Desta forma, evitam-se atos de decisão judicial que provoquem, por exemplo, conflitos entre regras estabelecidas. Quanto maior for o controle dos atos de decisão judicial, maior será a aparência de harmonia do subsistema social do direito. Daí a importância dos critérios determinantes do fechamento operacional e de sua relação com o ato de decisão judicial.

Quando a interação entre os subsistemas sociais ocorre sem que haja corrupção de códigos<sup>217</sup>, e a adaptabilidade entre si seja funcionalmente bem-sucedida, diz-se que houve um *acoplamento estrutural*<sup>218</sup> entre ambos. O acoplamento estrutural<sup>219</sup> possibilita a *abertura*

<sup>215</sup> LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro Marcondes. São Paulo: Paulus, 2005, p. 27-34.

<sup>216</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.202.

<sup>217</sup> Corrupção de códigos é a expressão utilizada por Luhmann com o escopo de se referir à circunstância na qual um subsistema social interfere em outro desrespeitando seus critérios de fechamento operacional, dando ensejo a distúrbios alopoiéticos, cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 34-41.

<sup>218</sup> LUHMANN, *Op.cit.*, 1985, p. 147-153.

<sup>219</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: para além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-105.

*cognitiva* do subsistema social do direito e, por derivação, do ato de decisão judicial. Em melhores palavras, o acoplamento estrutural viabiliza uma interação controlada entre o subsistema social do direito e os demais subsistemas, possibilitando a manutenção da legitimidade do ato de decisão judicial.

Segundo Luhmann, a abertura cognitiva do subsistema social do direito preserva sua permeabilidade, e propicia sua sensibilidade à influência de novas perspectivas oriundas do subsistema econômico, por exemplo, ao mesmo tempo em que este subsistema também sofre influência. Vê-se, assim, que a abertura cognitiva entre os subsistemas sociais revela seu caráter ambivalente, o que viabiliza ao ato de decisão judicial a mesma característica. Tudo com o fim de assegurar a legitimidade do ato de decisão judicial.

Contudo, esta permeabilidade necessita programar-se conforme “critérios e procedimentos controlados pelas próprias regras internas do sistema jurídico, tornando necessária uma interiorização das novas perspectivas”<sup>220</sup>, como as perspectivas morais. Esta interiorização dar-se-á por meio de estratégias dogmáticas, como a edição de novas leis ou, ainda, a concretização jurisprudencial por meio do ato de decisão judicial, configurando, desta forma, o *fechamento normativo*<sup>221</sup>.

Ainda de acordo com Luhmann, o fechamento normativo pressupõe tanto a compreensão da norma enquanto elemento integrante do sistema quanto o caráter cíclico da norma enquanto consequência deste sistema. Fazendo da norma parte de um sistema, e, tendo ela sua natureza, reclama a norma um fechamento operacional, ao qual se dá a denominação de “fechamento normativo”. Este fechamento concretiza-se através do ato de decisão judicial. Pode-se dizer, assim, que o ato de decisão judicial é a face mais externa da operabilidade do subsistema social do direito.

Convém salientar, com apoio na lição de Lourival Vilanova, que o “isolamento de um subsistema (o econômico, o político, o religioso, o jurídico – para somente indicar os principais) é temático. Resulta de uma abstração simplificadora, com fins metodológicos e gnoseológicos”<sup>222</sup>. Desta forma, a autopoiese de um subsistema social não deixa de ser uma construção linguística subordinada aos ditames da modernidade, que acaba por interferir no ato de decisão judicial de forma determinante, uma vez que este é compreendido como corolário daquela.

<sup>220</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.202.

<sup>221</sup> LUHMANN, Niklas. *The unity of the legal system*. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlin-NewYork: Walter de Gruyter, 1988, p. 12-35.

<sup>222</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: RT, 2000, p. 34 e 36.

Diante do exposto até o momento, deseja-se ressaltar que a Modernidade, por meio dos esforços teóricos da dogmatização do direito, da teoria dos subsistemas sociais e da construção do Estado Moderno, tem como meta fundir os conceitos de legalidade e de legitimidade<sup>223</sup>, os quais, etimologicamente, não se diferenciam. A meta é conferir legitimidade automática a todo e qualquer ato de decisão judicial, bastando que este seja proferido pela autoridade estatal prevista em lei. Se a lei prevê a competência da autoridade para editar o ato de decisão judicial, este automaticamente torna-se legítimo, protegendo-se de eventuais questionamentos zetéticos<sup>224</sup>.

Contudo, embora a modernidade busque equiparar legalidade à legitimidade, também objetiva diferenciar gradativamente o subsistema social do direito dos demais. Ou seja, a modernidade assemelha e diferencia, ao mesmo tempo, a depender da perspectiva pela qual é observada. Isto ocorre devido à finalidade de estabelecer e conservar a legitimidade do ato de decisão judicial, já que, desta forma, viabiliza-se a automaticidade da legitimidade de um lado, e, de outro, propicia-se a imunização.

Quanto maior a diferenciação entre os códigos de comunicação dos subsistemas sociais, maior a dificuldade para decifrar a ideologia que lhes é subjacente<sup>225</sup>. Diferenciar para dominar, dividir para conquistar. Eis que, então, o ato de decisão judicial da era moderna utiliza-se de critérios diferenciadores, como, por exemplo, a exterioridade, a heteronomia, a alteridade, a coercitividade e a bilateralidade<sup>226</sup>, de sorte a garantir sua imunização e a encobrir sua ideologização<sup>227</sup>. Diante disto, convém analisar, mais aprofundadamente, o relacionamento que o ato de decisão judicial mantém com os conceitos de sociedade e de procedimento, definidos por Luhmann.

### 2.1.3 Sociedade e procedimento (Luhmann)

Niklas Luhmann pode ser classificado, ressalvados os riscos inerentes a toda tipificação, como membro da Escola Funcionalista da Sociologia Contemporânea, a qual

<sup>223</sup> LAFER, Celso. Prefácio a FÁRIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade** – uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 9.

<sup>224</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 324-329.

<sup>225</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 93-95.

<sup>226</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 205.

<sup>227</sup> VIEHWEG, Theodor. *Ideología y dogmática jurídica*. In: PUCCIARELLI, Eugenio (Org.). **Escritos de Filosofia – Ideologia**. v. 2, año 1. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciências, julio/diciembre, 1978, p. 97-106.

guarda grande aproximação com o pensamento de Émile Durkheim<sup>228</sup>. De acordo com Luhmann, a sociedade é um sistema voltado a reduzir as complexidades e a controlar a contingência, as quais são inerentes ao mundo dos eventos reais<sup>229</sup>. Este grande sistema social contém dentro de si vários outros subsistemas, como, por exemplo, o amoroso, o jurídico, o econômico, o político, o técnico, o religioso, que se relacionam entre si através do acoplamento estrutural<sup>230</sup>, mas que preservam sua identidade quando interagem com os demais. Essa identidade é subsistêmica, mantida mais pelo fechamento operacional do sistema e menos pela abertura cognitiva.

Para cada subsistema social, todos os demais funcionam como *ambiente*<sup>231</sup>. Esta interação entre os subsistemas, com a simultânea preservação de cada um deles, passa, necessariamente, pela auto-referência<sup>232</sup> e pela heterorreferência. A auto-referência, em última análise, consiste na qualidade do sistema autopoiético criar seus próprios elementos constitutivos. A heterorreferência reside na circunstância do sistema preservar sua diferenciação em relação ao demais. E aqui merece destaque o ato de decisão judicial, pois, a um só tempo, presta-se a constituir e reconstituir o subsistema social do direito, além de conservar a sua imunização dos outros subsistemas.

O ato de decisão judicial, assim, não é apenas mais um ato do sistema jurídico, é o ato característico do paradigma da modernidade, à medida que reproduz o aspecto dogmático do sistema e revela sua tentativa de controlar o aspecto imprevisível e contingente do ambiente (mundo dos eventos reais). O ato de decisão judicial, desta forma, justifica o sistema jurídico, porquanto reafirma sua capacidade de controlar a natureza circundante.

Nesta natureza, a ocorrência de um evento real pode ser percebida de diferentes formas, a depender do subsistema social. O evento real que pode aproveitar ao subsistema econômico, como o pagamento de uma propina, é o mesmo que tem a capacidade de questionar o subsistema jurídico. Contudo, é exatamente essa alternância de possibilidades que viabiliza a cada subsistema “lidar consigo mesmo e conduzir autonomamente os problemas”<sup>233</sup>.

<sup>228</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 88.

<sup>229</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p.21-30.

<sup>230</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: para além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 95-105.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 59-66.

<sup>232</sup> Optou-se por manter a grafia original da palavra, em conformidade com a fonte bibliográfica utilizada, ao invés de mudá-la, atendendo à Reforma Ortográfica, segundo a qual passaria a ser *autorreferência*.

<sup>233</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2006, p. 89.

Diante disso, o desafio de um subsistema conservar sua identidade perante os outros reclama de si a existência de um repertório e de uma estrutura<sup>234</sup>. O repertório é “o conjunto de possibilidades escolhidas como desejáveis entre as inúmeras que a complexidade do mundo circundante oferece”<sup>235</sup>. Por sua vez, a estrutura é “o conjunto de regras que garantem o sistema contra a possibilidade de que venham a ocorrer outras alternativas que não aquelas selecionadas pelo repertório”<sup>236</sup>.

Uma vez compreendido o repertório<sup>237</sup> como o conjunto de possibilidades escolhidas como as desejáveis entre as diversas existentes no ambiente<sup>238</sup>, é possível entender o ato de decisão judicial como o elemento principal desse conjunto. Isto porque o ato de decisão judicial acaba por ser o ato que precisa a escolha possível do subsistema jurídico e que manifesta que esta escolha é viável, ou seja, que o subsistema possui a capacidade de selecionar e capturar um dado evento do mundo real.

Este ato de decisão judicial subordina-se, então, à estrutura<sup>239</sup> sistêmica do subsistema social do direito. Essa estrutura, à medida que assegura a auto-referência do sistema, e, por consequência, o seu fechamento operacional, proporciona a imunização do ato de decisão judicial, difundindo a aparência de impessoalidade e a imagem de decisão racional.

O aspecto problemático decorrente da normatização contrafática das expectativas<sup>240</sup> acerca de acontecimentos vindouros reside em como conseguir dos destinatários das normas uma aceitação tácita de decisões que ainda não aconteceram e cujo conteúdo específico é indeterminado<sup>241</sup>. Quando as partes no processo penal deflagram um litígio processual, nenhuma delas possui qualquer certeza acerca de qual será o teor do ato de decisão judicial, o qual, em realidade, está subordinado aos mais diversos fatores externos, como, por exemplo, a habilidade técnica dos advogados ou o preconceito do juiz da causa. Seja como for, o que a normatização contrafática das expectativas assegura não é a essência do ato de decisão judicial, e, sim, as regras do jogo que o produzirá. A teoria dos sistemas compreende o ato de decisão judicial sob o prisma procedimental.

<sup>234</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 133-165.

<sup>235</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 89.

<sup>236</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>237</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p.249.

<sup>238</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: para além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 59-66.

<sup>239</sup> FERRAZ JR, *Op. cit.*, 2007, p. 101-102.

<sup>240</sup> Sobre o conceito de *expectativa* na teoria dos sistemas, consultar LUHMANN, *Op.cit.*, 1983, p. 54-65, bem como FERRAZ JR., *Op. cit.*, 2007, p. 103.

<sup>241</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 89.

Todavia, convém esclarecer que tal afirmação em nada se opõe ao paradigma de um ato de decisão judicial orientado pelo marco da modernidade. Em verdade, a estratégia de procedimentalizar o ato de decisão judicial acaba por constituí-lo uma ferramenta que visa revigorar sua legitimidade<sup>242</sup>, aprimorando sua imunização e assegurando sua diferenciação em relação aos demais subsistemas sociais. Em síntese, a procedimentalização do ato de decisão judicial não implica que este abandone a busca pela verdade e que se mantenha fiel a uma estrutura dogmática.

É exatamente “essa pré-disposição à aceitação de decisões ainda indeterminadas... que se denomina, modernamente, ‘legitimidade’”<sup>243</sup>. Com o objetivo de distinguir a sua visão dinâmica, de legitimidade como processo ou ação legitimadora, de uma compreensão estática sobre a decisão judicial, é que Luhmann adota o vernáculo “legitimação”<sup>244</sup>. “A legitimação é obtida ao longo de uma série de interações previamente estruturadas em subsistemas de comunicação específicos, os ‘procedimentos’”<sup>245</sup>.

O procedimento, enquanto sistema, encontra-se voltado, desta forma, a sintetizar a complexidade do ambiente<sup>246</sup>, selecionando alternativas específicas de comportamento em detrimento de outras, que não são absorvidas e que não podem ser suscitadas, não importando que fração mantenha relação com a realidade dos fatos. Numa só palavra, o procedimento seleciona nuances do evento real, a fim de conferir legitimidade ao ato de decisão judicial. O procedimento, ao selecionar aspectos do evento real, distancia o ato de decisão judicial do real evento. O conflito que se traz aos autos não é o real, mas o que foi selecionado pelo procedimento<sup>247</sup>. E será esse conflito não-real que o ato de decisão judicial irá julgar.

O ato de decisão judicial legitimado, então, não é o ato que resolve o conflito real, mas o que decide um conflito selecionado pelo próprio sistema jurídico por meio de seu procedimento. Se maior for a complexidade do evento real, maior será a sofisticação teórica da modernidade (dogmatização do direito, ou teoria dos sistemas) para mantê-lo sob controle. Nesse contexto, o ato de decisão judicial aparentará estar preocupado com uma verdade

<sup>242</sup> Luhmann distingue os conceitos de legitimidade e de legitimação (ou ‘ação legitimadora’), sustentando que legitimidade é a aceitação em si mesma da decisão, ao passo que a legitimação são os meios utilizados pelos poderes instituídos para tentar obter a aceitação racional e pacífica dos envolvidos no procedimento judicial. Cf. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Unb, 1980, p. 29-35. Sobre o assunto, consulte-se, ainda, ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 100.

<sup>243</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 89.

<sup>244</sup> LUHMANN, *Op. cit.*, 1980, p. 31.

<sup>245</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 90.

<sup>246</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: para além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 59-66.

<sup>247</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 23.

objetológica à medida que tal preocupação revele-se uma boa estratégia para conservar a crença das partes na decisão judicial. Mas seu principal objetivo, na realidade, tomado como fruto do procedimento sistêmico, será o de manter sob controle aqueles subordinados à decisão judicial, tornando, para tanto, imprescindível preservar sua imagem de imparcialidade: tudo de sorte a conservar a legitimidade do ato de decisão judicial, a sustentar o seu caráter racional, a referendar um modelo de magistrado enquanto ser humano pleno, e a encobrir os níveis de generalização provocados pelo abismo gnosiológico. Vê-se, então, o importante papel que já desempenha o procedimento judicial.

#### 2.1.4 Procedimento judicial

O subsistema jurídico, em meio ao cenário formado pela dicotomia entre sistema e ambiente, utiliza-se de seu repertório e estrutura-se no afã de bloquear a interferência de outros subsistemas (que, conforme salientado, constituem também o ambiente em relação ao procedimento adotado) no que toca às nuances por ele selecionadas quanto ao evento real, de sorte a que seu efeito legitimador não se veja prejudicado e, por conta disso, venha entrar em crise. É neste contexto que o ato de decisão judicial é legitimado<sup>248</sup>, mantendo-se imune às ingerências de outros subsistemas, a exemplo do econômico, posto que é assegurado pelo repertório e pela estrutura do subsistema jurídico, exercitados através do procedimento judicial.

Sendo certo que o subsistema jurídico compõe-se de repertório e de estrutura, também é certo que este opere por meio do procedimento judicial, o qual, por sua vez, resulta na produção de um ato de decisão judicial. A circunstância de um subsistema diferenciar-se de outro não implica isolamento, mas um orientar-se por decisões próprias. Desta forma, o ato de decisão judicial, enquanto resultado do procedimento judicial<sup>249</sup>, é manifestação do sistema autopoietico do direito. Logo, contém os aspectos interiorizados pelo sistema, mas revela também as nuances do evento real por ele desprezadas. O ato de decisão judicial, assim, além de ser evidência do fechamento operacional sistêmico, é indício de sua regrada abertura cognitiva.

---

<sup>248</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 61-69.

<sup>249</sup> Torna-se aqui imprescindível a redundância do vocábulo *judicial* para especificar o vernáculo *procedimento*, vez que Luhmann suscita a existência de três tipos básicos de procedimento relativos ao sistema jurídico, são eles: o judicial, o eleitoral e o administrativo. Cf. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. “Prefácio” à 2. ed. Brasília: Editora Unb, 1980, p. 133.

A imunização do ato de decisão judicial, enquanto elemento do sistema autopoietico do direito, demanda também maior precisão na diferenciação dos papéis<sup>250</sup> desempenhados do procedimento judicial. Quanto melhor diferenciados os papéis<sup>251</sup> – acusado, juiz, promotor – melhor será a diferenciação do ato de decisão judicial perante os demais subsistemas sociais. Em consequência, mais legitimado estará o ato de decisão judicial.

À medida que os papéis dentro do procedimento judicial são diferenciados, as possibilidades de conduta que lhes são atribuídas são delimitadas de forma mais precisa<sup>252</sup>. A adaptação dos indivíduos aos papéis proporciona-lhes a sensação de estarem garantidos em seus atos pelo sistema, bem como a circunstância de terem os seus comportamentos previamente legitimados. Todas estas considerações são atinentes à face interna do subsistema jurídico. Face que já revela o caráter automático da legitimação do ato de decisão judicial e o controle das expectativas que cercam o mesmo.

Quanto à face externa do ato de decisão judicial, o funcionamento adequado dos papéis garante a autolegitimação do sistema contra eventuais contingências decorrentes de possibilidades não previstas (complexidade)<sup>253</sup>. O ato de decisão judicial, desta forma, é estabilizado enquanto expectativa e preservado de possíveis interferências do ambiente.

Todos esses mecanismos do procedimento judicial, se não asseguram de forma completa a imunização do ato de decisão judicial, objetivam tal meta. O sistema autopoietico busca um ato de decisão judicial imunizado das preferências individuais daquele que desempenha o papel de juiz. Sendo certo, de um lado, que esta imunização não é completa, de outro, também é certo que o procedimento judicial tem por finalidade dela se aproximar. Esta aproximação será tanto maior quanto maior for o comprometimento dos indivíduos com seus papéis processuais previamente delimitados, os quais em muito contribuirão para aliviar uma eventual sobrecarga do sistema.

Desta forma, o papel de juiz tem a função da imparcialidade previamente programada, além de socialmente difundida, acarretando-lhe o necessário distanciamento de seus papéis extrassistemáticos (pai, marido, filho, amigo) e intras-sistemáticos (acusado,

---

<sup>250</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 42-44.

<sup>251</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p.103-104.

<sup>252</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 91.

<sup>253</sup> *Ibidem, loc. cit.*

promotor, assistente de acusação). Como anota Boaventura de Sousa Santos, autoridade exige distanciamento<sup>254</sup>. Assim, vê-se que o subsistema das boas relações é neutralizado<sup>255</sup>.

Convém insistir na assertiva de que “para legitimar-se, o procedimento não pode permitir que os conflitos da vida real sejam interiorizados pelo sistema”<sup>256</sup>. Não há ato de decisão judicial sobre o conflito real, pois este não é previamente programado pelo sistema, logo, o procedimento judicial, diante dele, não sabe como operar. Desta forma, o procedimento judicial só interioriza o conflito desde que este esteja antecipadamente “fadado a uma solução intra-sistemática, mesmo que tal solução não seja ‘real’”<sup>257</sup>. O objetivo do ato de decisão judicial decorrente do procedimento judicial não é a resolução do conflito real, mas a preservação de sua legitimidade. A capacidade de controle do sistema jurídico é diretamente proporcional à preservação da legitimidade do ato de decisão judicial.

A legitimidade, assim, não decorre da aptidão do ato de decisão judicial para solucionar o conflito. A legitimidade advém da circunstância de que todos os indivíduos enquadrados nos papéis e subordinados à decisão judicial têm igual possibilidade de interferir em sua confecção<sup>258</sup>.

Mas nada do apontado é suficiente para assegurar a legitimidade do ato de decisão judicial sob o pálio da modernidade e da teoria dos sistemas se tal decisão não for preservada como monopólio do poder estatal. O ato de decisão judicial orientado pelo paradigma da modernidade e pela construção sistêmica luhmanniana exige a manutenção do monopólio do poder estatal quer para decidir os conflitos quer para produzir as normas. À medida que passam a existir procedimentos marginais aos promovidos pelo Estado, não só se coloca em risco a legitimidade do ato de decisão judicial, como também se deflagra uma série de acontecimentos que colocam em dúvida o procedimento judicial<sup>259</sup> e a construção da figura do Estado Moderno<sup>260</sup>. Acontecimentos como, por exemplo, os julgamentos realizados por “tribunais paralelos” ao poder judiciário<sup>261,262</sup>.

<sup>254</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 26.

<sup>255</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 327-330.

<sup>256</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 91.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>258</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Unb, 1980, p 139-142.

<sup>259</sup> SANTOS, *Op. cit.*, 1988, p. 35-45.

<sup>260</sup> SOUZA JR., José Geraldo. Um direito achado na rua: o direito de morar. *In: O direito achado na rua*. 3. ed. Brasília: UnB, 1990, p. 33-35.

<sup>261</sup> SANTOS, *Op. cit.*, 1988, p. 13-14.

Para tentar se sobrepor aos procedimentos marginais, o procedimento judicial hipertrofia o seu aparato coercitivo, de forma a inviabilizar questionamentos aos seus atos de decisão judicial. O ideal é legitimar-se diluindo as decepções, mas também se faz necessário dispor dos meios de violência para impor as diretrizes institucionalizadas oficialmente, de modo a estabilizar as contingências, assegurar as expectativas e preservar a legitimidade do ato de decisão judicial. Tão logo se consiga neutralizar os descontentes por meio da generalização e da difusão das decepções sofridas, é indispensável que o aparelho estatal desarticule a organização dessas decepções, como, por exemplo, “uma associação daqueles que se sentem prejudicados pela justiça”<sup>263</sup>. A modernidade que vende a ideia de segurança – de uma legítima decisão judicial – é a mesma que provoca seu próprio mal-estar. Todo remédio provoca efeitos colaterais!

### 2.1.5 A modernidade e o seu mal-estar (Freud)

Compreender o mal-estar da civilização moderna possibilita melhor entender o mal-estar que cerca o ato de decisão judicial. Mal-estar presente na crise de legitimidade pela qual passa o ato de decisão judicial a despeito de todos os esforços teóricos empreendidos pela modernidade, a exemplo da dogmatização (e positivação) do direito e da teoria dos sistemas. Mal-estar sentido tanto na incapacidade da decisão judicial aproximar-se da verdade quanto na sua impossibilidade de construir um juízo de certeza. Mal-estar que, gradativamente, se espalha pelo tecido social, seja através da disseminação da sensação de impunidade, seja pela circunstância do Estado já não deter mais o monopólio das decisões dos conflitos.

Desta forma, o objetivo do presente tópico é esclarecer alguns aspectos em torno do mal-estar da modernidade, não com o objetivo de se aprofundar em questões de ordem psicanalíticas, mas com o propósito de deixar claro o mal-estar pelo qual vem passando o ato de decisão judicial. O mal-estar da modernidade é também o mal-estar do ato de decisão judicial, inspirado pelos ideais modernos.

---

<sup>262</sup> Convém assinalar que a expressão *poder judiciário* foi empregada com letras minúsculas. Duas são as finalidades que motivaram essa decisão: de um lado, destacar o caráter retórico desta dissertação; de outro, denunciar a interferência da ideologia na composição e utilização dos signos. Tal estratégia será empregada em outras situações semelhantes, nas quais o vocábulo, segundo as regras gramaticais ou de “uso comum”, seja normalmente utilizado com grafia maiúscula. É o caso, por exemplo, de vocábulos como constituição, poder constituinte originário, juiz, ministério público, dentre outros.

<sup>263</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.92.

É a modernidade que formula o conceito de civilização, ou pelo menos, que elabora um conceito próprio de civilização. Logo, antes da modernidade, não é possível falar em civilização no sentido em que hoje é entendida. Isto não significa que antes da modernidade já não houvesse formas de organização social e regras jurídicas que, de alguma forma, disciplinassem a convivência em sociedade. Como se sabe, onde há sociedade, há direito. Mas quando se utiliza o conceito de civilização segundo o marco teórico da modernidade, este passa a ser delimitado como o espaço governado pela razão, onde os eventos reais são capturados e controlados pela ciência moderna, onde o direito, dogmatizado e positivado pelo saber racional, desempenha papel de destaque à medida que assegura expectativas e estabiliza as imprevisibilidades e contingências dos eventos reais.

Eis o porquê da escolha teórica da obra de Freud para guiar essa breve caminhada pelo mal-estar da modernidade. Freud examinou com vagar o mal-estar na civilização, e é a partir desse exame que se irá desenhar o mal-estar da modernidade. Bem desenhado esteja esse mal-estar, fácil será entender o mal-estar do ato de decisão judicial nos dias atuais.

O esforço para desvelar os sintomas e patologias do mal-estar na civilização e a relação destes com o ato de decisão judicial requer um exame de pelo menos três obras da lavra de Sigmund Freud: a) *Totem e Tabu* 1912-13 Vol. XIII<sup>264</sup>; b) *Futuro de Uma Ilusão* (1927) Vol. XXI; e c) *O Mal-Estar na Civilização* (1930) Vol. XXI<sup>265</sup>. Tal esforço, ainda que de forma breve, impõe-se, posto que tais obras refletem em grande medida problemas relevantes com os quais o ato de decisão judicial convive na era moderna.

As obras mencionadas dizem respeito a um grupo de pensamentos que podem ser denominados como “Freud e as questões culturais, filosóficas e o processo de civilização dos seres humanos”<sup>266</sup>. Com isso, não se deseja traçar uma linha demarcatória precisa entre os trabalhos produzidos por Freud acerca do psiquismo e os voltados à cultura, vez que tal escopo restaria, desde sua origem, frustrado. O que se deseja é que se perceba em que medida tais nuances, na obra de Freud, permitem que se possa entrever uma relação de complementaridade entre as ditas obras, e, mais que isso, em que medida tal relação repercute no ato de decisão judicial.

<sup>264</sup> FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu - Alguns Pontos de Concordância entre a Vida Mental dos Selvagens e dos Neuróticos (1913[1912-13])** v. XIII. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: IMAGO, 1974c.

<sup>265</sup> *Idem.* **O Futuro de uma Ilusão (1927) / O Mal-Estar na Civilização(1930[1929])** v. XXI. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: IMAGO, 1974b.

<sup>266</sup> SARTRE, Jean-Paul. **Freud, Além da alma.** Tradução: Jorge Laclette. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

Em *Totem e Tabu*, o psicanalista austríaco desenvolve a ideia do *mito da horda primeva*, mostrando a ligação do psiquismo humano com a cultura. De acordo com esse mito, o ser humano comedor, dono da verdade e de todos os participantes da horda, é morto e por ela comido. De acordo com Freud, os humanos são descendentes tanto do comedor quanto da horda, e, por tal razão, trazem dentro de si, simultaneamente, o desejo de comer a todos, mas também o desejo de não querer ser comido, além de saber o quão é ameaçador ter um só comendo a todos.

É possível afirmar que esse é o grande dilema que Freud tenta deixar claro em sua obra, e que angustia o ser humano, a ambivalência<sup>267</sup>. Ambivalência inerente à condição humana, e que, assim como marca o ser humano, impregna tudo aquilo que dele decorre: no presente caso, o ato de decisão judicial. É essa ambivalência que, de um lado, reclama da decisão judicial a busca pela verdade, e, de outro, desconfia de sua impossibilidade.

Em *O Futuro de Uma Ilusão*, Freud desenvolve reflexões mais profundas acerca da cultura, bem como revela certo tom de desencanto para com o conceito de civilização. Talvez tenha sido esse desencanto que tenha motivado Freud a compreender o trabalho como o limite do ser humano. O limite de ser um animal enclausurado na cultura, ou, porque não dizer, na linguagem. Essa insinuação é muito similar à que, anos mais tarde, Foucault viria a fazer também sobre a ideia de trabalho, compreendendo-o como mecanismo de adestramento do ser humano<sup>268</sup>.

O importante é perceber, já nessa ocasião, que o ato de decisão judicial encontra-se encerrado no mesmo cárcere, a linguagem. O único ser que realmente existe. E, desta forma, perceber que as desconfianças que motivaram Freud a se indagar acerca do futuro da ilusão, de uma ilusão chamada modernidade, são as mesmas que permitem se questionar sobre a ilusão do ato de decisão judicial, a ilusão da certeza. Certeza artificialmente construída pelo dogma da coisa julgada, certeza tantas vezes diluída pela paz social que não foi alcançada.

Foucault, de outra perspectiva, ao defender a tese de que o trabalho tenha a capacidade de adestrar o ser humano, torna possível compreender que o ato de decisão judicial inserido no contexto de trabalho do magistrado acabe por ser um ato de aprimoramento deste adestramento. Quanto maior for o adestramento do magistrado, maior será a aparência de imparcialidade do seu ato de decisão, mas maior será também sua

<sup>267</sup> FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu - Alguns Pontos de Concordância entre a Vida Mental dos Selvagens e dos Neuróticos (1913[1912-13])** v. XIII. Tradução: Orizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: IMAGO, 1974c, p. 57.

<sup>268</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, *passim*.

submissão às diretrizes estabelecidas pelo tribunal. A mesma submissão que viabiliza ideias como a da súmula vinculante, a mesma submissão que objetiva a padronização das decisões. Tudo de sorte a facilitar a atuação disfarçada da ideologia neoliberal capitalista. Afinal, o melhor magistrado é aquele que mais produz sentenças. Por sua vez, o que mais produz sentenças, possivelmente, é o que mais padroniza as suas decisões diante de casos também padronizados. O juiz que se acostumou a padronizar suas decisões já não tem consciência de que é manipulado por uma ideologia que se aproveita de sua acomodação. Esse juiz não é mais aquele que julga, mas aquele que é alienado.

Ainda no que toca à obra de Freud *O Futuro de Uma Ilusão*, o pensador austríaco analisa ainda a religião e a função que esta exerce na sociedade. Posteriormente irá concluir que a religião está relacionada com a ilusão, ou seja, com a civilização<sup>269</sup>, e que, por isso, desempenha um papel estratégico na sociedade. Disto resulta perceber a relação que há entre o processo de civilização e o ato de decisão judicial. Quanto mais imunizado torna-se o ato de decisão, mais este é dito civilizado. Quanto mais casto o padre, mais digna a penitência que prescreve. Quanto mais imparcial o magistrado, mais legítimo seu ato de decisão. Contudo, como salienta Walter Benjamin<sup>270</sup>, tanto maior a civilização, maior a barbárie; quanto maior for o distanciamento do ato de decisão judicial para com o conflito real, maior será a violência de sua imposição. Em suma, a civilização traz em si o gérmen da barbárie, pois à medida que aquela se torna mais complexa, esta se aperfeiçoa<sup>271</sup>.

Ainda de acordo com Freud<sup>272</sup>, todo indivíduo é virtualmente inimigo da civilização, embora seja difundida a ideia de que esta se constitui objeto de interesse universal. Nesse sentido, a civilização é um mal criado pelo ser humano na busca de resolver algumas de suas inquietações, mas é também o mal que o enclausura no cárcere por ele mesmo criado. Não é difícil perceber, então, que o direito, enquanto produto da civilização, assim como o ato de decisão judicial, não foge à regra. A decisão que liberta o magistrado do drama existencial da escolha é a mesma que o obriga a conviver com a dúvida.

Pode-se afirmar, portanto, que o ato de decisão judicial é, simultaneamente, o maior depósito processual de ilusões dos seres humanos envolvidos (acusado, magistrado, entre outros) no procedimento judicial, bem como o maior cárcere criado pelo próprio ser

<sup>269</sup> FREUD, Sigmund. *O Futuro de uma Ilusão (1927) / O Mal-Estar na Civilização(1930[1929])* v. XXI. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: IMAGO, 1974b, p. 78.

<sup>270</sup> BENJAMIN, Walter. *Para uma Crítica de la violencia. Traducción e prologo*: Hebe Clementi. Buenos Aires: Leviatán, 1995, p. 35-36.

<sup>271</sup> MORIN, Edgar. *Breve Historia de la Barbárie em Occidente*. Buenos Aires: Paidós, 2007, p. 33-46.

<sup>272</sup> FREUD, *Op.cit.*, 1974b, p. 80-81.

humano<sup>273</sup>. Deposita-se esperança no impossível, acredita-se na possibilidade de um ato de decisão judicial que se aproxime da verdade, mas não se percebe que esta crença é que enclausura todos os envolvidos. E maior será este claustro quanto maior for a dose de ilusão necessária para conservar a fé dos fiéis. Eis a importância de uma decisão judicial “pura” (imparcial) lastreada no dogma da verdade.

Com espeque na lição de Freud, é possível asseverar que há incontáveis pessoas civilizadas que se recusam a cometer assassinato ou a praticar incesto, mas que não se negam a satisfazer sua avareza, seus impulsos agressivos ou seus desejos sexuais, e que não hesitam em prejudicar outras pessoas por meio da mentira, da fraude e da calúnia, desde que possam permanecer impunes. A civilização não afasta a irracionalidade humana<sup>274</sup>, apenas se utiliza de um disfarce mais bem adaptado para o desafio imposto pelo paradigma da modernidade: incutir e preservar nas pessoas a sensação de segurança, a confiança nas instituições, a crença no Estado, o respeito à decisão judicial.

De fato, o uso desse disfarce deu-se sempre da mesma forma, através de muitas épocas da civilização. Voltando a atenção para as restrições aplicadas somente a certas classes da sociedade, encontrar-se-á um estado de coisas flagrante e sempre reconhecido. Não é de se estranhar que tais classes subprivilegiadas invejem os favorecidos e façam o impossível para se libertarem de seu próprio excesso de privação<sup>275</sup>.

Eis o dilema que marca a existência do ser humano e que reverbera em todas as suas ações e criações, dentre elas, o ato de decisão judicial: a ambivalência. “Ser ou não ser... Eis a questão. Que é mais nobre para a alma: suportar os dardos e arremessos do fardo sempre adverso, ou armar-se contra um mar de desventuras e dar-lhes fim tentando resistir-lhes?”<sup>276</sup>. Da mesma forma que William Shakespeare, em Hamlet, qual o mal maior para civilização: preservar a imunidade do ato de decisão judicial conforme o modelo dogmático da modernidade ou reconstruí-lo?

Não é de se estranhar que a relação do ser humano com a ciência seja uma relação tormentosa. Como observou Freud, ao mesmo tempo em que o ser humano identifica as limitações da ciência, acredita que essa seja a única estrada que leva a um conhecimento da realidade externa, ainda que tal conhecimento não seja seguro, mas pelo menos o proporcione

<sup>273</sup> FREUD, Sigmund. **O Futuro de uma Ilusão (1927) / O Mal-Estar na Civilização(1930[1929])** v. XXI. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: IMAGO, 1974b, p. 25-32.

<sup>274</sup> DERRIDA, Jacques. **O animal que logo sou**. Tradução: Fábio Landa. São Paulo: Editora Unesp, 2002, p. 58-60.

<sup>275</sup> FREUD, *Op. cit.*, 1974b, p. 82-83.

<sup>276</sup> SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 23-24.

um momento de ilusão, ou mesmo o frescor desta sensação. Eis o humano, o demasiadamente humano!

O ato de decisão judicial, tomado como produto da civilização, sofre do mesmo mal. Por um lado, aparenta ser um caminho seguro, por outro, é também uma ilusão. É esta ilusão que motiva o ser humano na sua busca voraz por mais informação, a mesma ilusão que justifica a produção de prova de ofício por parte do magistrado penal. Tudo em nome da verdade! No entanto, a inflação informativa é tanto a dose de ilusão indispensável à sanidade mental do humano, do magistrado atormentado pela dúvida, quanto a causa que potencializa a refutabilidade<sup>277</sup> do conhecimento por ele produzido.

O ser humano que convive com a ciência é o mesmo que cria para si a figura de “Deus”. O humano que busca refúgio na figura divina, mas que se gaba por ter identificado este conceito mais elevado e puro como produto de sua capacidade. O magistrado que acredita na verdade, mas desconfia da falibilidade das provas constantes dos autos. É nesta linha que Freud identifica algo em comum entre a religião e a ciência. Em certo sentido, elas não representam uma ilusão, pois os muros por elas erguidos fazem-se sentir ao longo da vida do ser humano: a ideologia por elas incutida dissemina, ao longo de gerações (tradição), a sensação de realidade. Uma sensação tão real que é possível tocar-lhe. A mesma sensação que a construção dogmática da imparcialidade da decisão judicial é capaz de despertar.

Contudo, adverte Freud, ilusão também é imaginar que aquilo que a civilização não pode proporcionar ao ser humano pode ser conseguido por ele de outra forma. Não passa de uma nova ilusão a crença na solução singela de que o drama do ser humano diminuiria na exata proporção em que este se destituisse da civilização. O ato de decisão judicial, tomado como ato de linguagem, é também uma circunstância inelutável, pois o magistrado não tem como se libertar da linguagem nem do encargo dogmático de ter que decidir toda e qualquer causa (proibição do *non liquet*)<sup>278</sup>. Precisa decidir, mas convive com a dúvida. Se decidir, exerce um ato de violência. Se não decidir, pode ampliar o conflito real entre as partes.

---

<sup>277</sup> Nesse passo, Karl Popper, lecionando sobre o conhecimento e a ignorância, assevera que “se é possível dizer que a ciência, ou o conhecimento, “começa” por algo, [...] o conhecimento não começa de percepções ou observações ou de coleção de fatos ou números, porém, começa, mais propriamente, de problemas. Poder-se-ia dizer: não há nenhum conhecimento sem problemas; mas, também, não há nenhum problema sem conhecimento. Mas isto significa que o conhecimento começa da tensão entre conhecimento e ignorância. [...] não há nenhum problema sem conhecimento; [...] não há nenhum problema sem ignorância. [...] cada problema surge da descoberta de que algo não está em ordem com nosso suposto conhecimento; descoberta de uma contradição interna entre nosso suposto conhecimento e os fatos [...]”. Consulte-se POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 14-15.

<sup>278</sup> Cf. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), artigo 126 e o artigo 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988.

A civilização permite enxergar o horizonte, mas de forma turva. Todavia, sem ela, o homem nem sequer enxergaria o horizonte. O mesmo acontece com o ato de decisão judicial, compreendido como fenômeno linguístico. De um lado, este tem a potencialidade de estabilizar as expectativas, de assegurar o império da racionalidade, de controlar as contingências e de propiciar a sensação de segurança. De outro, violenta aqueles que se veem a ele submetidos. Violência que se dá tanto pela impossibilidade de apreensão e julgamento do evento real quanto pela imposição de uma decisão que não resolve o conflito real, mas o conflito selecionado e tipificado pelo subsistema jurídico. O ato de decisão judicial estigmatiza o acusado<sup>279</sup> e proporciona a criação de um simulacro<sup>280</sup>, o simulacro do monopólio do poder do Estado.

Em *O Mal-Estar na Civilização*, Freud questiona-se sobre este sintoma da modernidade, formulando a seguinte indagação: “enfim, de que nos vale uma vida longa se ela se revela difícil e estéril em alegrias, e tão cheia de desgraças que só a morte pode ser recebida como uma libertação?”<sup>281</sup>. Esta indagação é, em grande medida, indagação intrínseca e crescente do ser humano moderno: se a vida é uma angústia contínua, um desenrolar de contradições complementares, não seria a morte o único momento de libertação? Tal indagação revela, a um só momento, algumas mensagens possíveis, seja o desencanto do ser humano moderno com a civilização e com tudo aquilo que desta decorre, sejam a atração e o prazer que a morte exerce sobre ele.

Se o conceito de morte for compreendido como uma metáfora do ato de decisão judicial, não será difícil perceber que dele podem se extrair mensagens equivalentes. O ato de decisão judicial traz consigo o desencanto do magistrado carente com o drama existencial da escolha, mas também revela o fascínio que aquele provoca sobre este, o fascínio do humano em julgar, o fascínio do poder.

A refundição do ato de decisão judicial não pode desconhecer o desencanto do ser humano moderno com a civilização, que é também o desencanto com sua própria legitimidade. É esse desencanto que permite melhor compreender o aumento dos casos de

---

<sup>279</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal - Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999; ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Tradução: Ester Kosowski, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

<sup>280</sup> O meio de comunicação antecipa-se ao real, através de seus mecanismos, e este vem como uma espécie de “efeito tardio” de sua transmissão. O real passa a ser uma espécie de confirmação daquilo que ficticiamente havia sido apresentado na televisão; busca sua afirmação copiando a ficção, tentando ser simulacro de si mesmo. (BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e Simulação**. Tradução: Maria João Pereira. Lisboa: Relógio D’água, 1997, p. 27-39).

<sup>281</sup> FREUD, Sigmund. **O Futuro de uma Ilusão (1927) / O Mal-Estar na Civilização(1930[1929])** v. XXI. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: IMAGO, 1974b, p. 77.

suicídio<sup>282</sup> e a larga disseminação do uso de drogas<sup>283</sup>, bem como entender que tal ciclo será tanto mais vicioso quanto maiores forem os esforços da dogmática jurídica para encobrir as ideologias que permeiam o ato de decisão judicial<sup>284</sup>.

Todavia, a indagação de Freud acerca das agruras do viver é a mesma que reconhece, no instante seguinte, a importância da civilização na vida do ser humano. É Freud que consigna que a primeira e mais importante exigência da civilização é a justiça, a garantia de que uma lei, uma vez criada, não será violada em favor de um ou de outro indivíduo. Nesse sentido, Freud reconhece a importância da Justiça para o processo civilizatório. Ele assevera que esta se torna ainda mais evidente à medida que o curso ulterior do desenvolvimento cultural parece tender no sentido de tornar a lei não mais expressão da vontade de uma pequena comunidade, mas um estatuto legal para o qual todos contribuirão com um sacrifício de seus instintos<sup>285</sup>.

Mas ao conferir tanta importância à justiça no processo civilizatório, Freud parece ignorar a circunstância de que a justiça, na modernidade, é apenas mais um valor, controlado pela ideologia neoliberal capitalista. A ideologia que guia a produção do ato de decisão judicial. Freud parece incorrer no equívoco de atribuir à justiça a capacidade de assegurar a igualdade entre todos os seres humanos. A meta do ato de decisão judicial não é conferir tratamento isonômico aos que a ele veem-se submetidos, mas preservar a hegemonia da ideologia capitalista<sup>286</sup> sob o manto da imparcialidade. O poder judiciário, como adverte Gramsci, não passa de mais um dos aparelhos de hegemonia a serviço do capital<sup>287</sup>.

O ser humano, ao optar pela civilização, assim como o juiz, ao aderir a um direito positivado e dogmaticamente organizado, não abandona seus instintos, apenas os reprime. O ser humano dito civilizado, segundo o paradigma da modernidade, cede a sua quota-parte de prazer em busca de segurança, atrás daquilo que lhe falta. Mas será que esta segurança é uma garantia? Será que o magistrado, quando julga, reprime suas preferências pessoais e preconceitos em respeito ao conceito dogmático-ideológico da imparcialidade? Assim como a

<sup>282</sup> BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007, p. 65-67.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 75-78.

<sup>284</sup> VIEHWEG, Theodor. *Ideología y dogmática jurídica*. In: PUCCIARELLI, Eugenio (Org.). **Escritos de Filosofía – Ideologia**, v. 2, año 1. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciências, *Julio/diciembre*, 1978, p. 97-106.

<sup>285</sup> FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu - Alguns Pontos de Concordância entre a Vida Mental dos Selvagens e dos Neuróticos (1913[1912-13])** v. XIII. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: IMAGO, 1974c, p. 56-57.

<sup>286</sup> MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **Ideologia Alemã**. Tradução: Rubens Enderle, Nélio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007, p. 56.

<sup>287</sup> GRAMSCI, Antônio. **Escritos Políticos**, v. 1. Organização e Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 84.

civilização não é um dado, a certeza e o alcance da verdade pelo ato de decisão judicial também não o são. A decisão judicial é, nesse sentido, a troca de uma violência descontrolada por uma violência programada em nome da ilusão de segurança.

Se a civilização reprime a barbárie, também a aperfeiçoa. Se o ato de decisão judicial difunde o dogma da imparcialidade, este também encobre as ideologias que lhe são subjacentes. Em suma, a civilização moderna é uma opção do ser humano pela segurança em prejuízo do prazer, é uma escolha pela estabilização das expectativas através do ato de decisão judicial, em desprezo às contingências inerentes ao evento real.

É em nome dessa busca pela segurança, se é que ela existe para poder ser buscada, que a civilização moderna reduz os espaços das liberdades (de locomoção, de vida íntima, dentre outras) e do ato de decisão judicial, como quer a escola de exegese, para transformá-lo em ato de aplicação da lei. O ato de decisão judicial dogmático é aquele que preserva a identidade do sistema, que padroniza os conflitos sociais, que dissemina determinada ideologia e que manipula valores, tomados como símbolos, em favor do aprimoramento do controle<sup>288</sup>.

O ato de decisão judicial moderno é aquele que castra o magistrado, e que também manipula a justiça, à medida que esta se torna valor controlado pela ideologia capitalista. Desta forma, já não se pode pensar no ato de decisão judicial como um ato decorrente do sistema autopoietico do direito, mas, sim, como ato que resulta de um sistema jurídico alopoietico sujeito a interferências externas, dentre as quais se destaca o código ter/não-ter do sistema econômico.

Se a justiça<sup>289</sup> desempenha um grande papel na civilização, pois tenta proporcionar a segurança que o ser humano tanto almeja, não cria o conceito de livre-arbítrio. A liberdade não é uma dádiva da civilização<sup>290</sup>, é uma forma aperfeiçoada de controle. A liberdade moderna, decorrente do livre-arbítrio cristão, é construção ideológica disseminada por meio da cultura, até o ponto em que se torna interiorizada no indivíduo. A cultura moderno-jurídica em questão é o direito positivo-dogmático, e o indivíduo é aquele que desempenha o papel de juiz. A consequência desta combinação é a elaboração de um sofisticado sistema de controle do ato de decisão judicial.

---

<sup>288</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 145-148.

<sup>289</sup> FREUD, Sigmund. **O Futuro de uma Ilusão (1927) / O Mal-Estar na Civilização (1930[1929])** v. XXI. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: IMAGO, 1974b, p. 47-51.

<sup>290</sup> *Ibidem*, p. 58.

Sendo possível imaginar que a liberdade tenha sido maior antes da existência de qualquer civilização<sup>291</sup>, também é possível supor que, naquele momento, não possuía o valor de hoje. Isto porque dificilmente o indivíduo encontrava-se em posição de defendê-la<sup>292</sup>. Quanto maior a importância da liberdade, tomada como livre-arbítrio, maior o controle desempenhado pela ideologia operada por meio do sistema jurídico e exercitada na confecção do ato de decisão judicial. Convém lembrar, com apoio em Georg Simmel<sup>293</sup>, que qualquer valor só o é graças à perda de outros valores, que há de se sofrer a fim de se obtê-lo<sup>294</sup>. Disto não destoa a liberdade, a segurança e a imparcialidade do ato de decisão judicial.

O ato de decisão judicial, analisado sob uma perspectiva moderna, acaba por ser um ato contido pelo *superego*<sup>295</sup>, vez que é ato em que o juiz deve ausentar-se de seus pré-conceitos, de suas pré-ferências, em suma, de suas pré-compreensões<sup>296</sup>. O ato de decisão judicial imparcial, subordinado a um sistema *autopoietico* do direito, norteado por uma racionalidade dogmática, em última análise, é um ato do castrado ideal<sup>297</sup>, o magistrado. Parafrazeando Nietzsche, o super-magistrado<sup>298</sup>, *ecce homo*.

Entretanto, o magistrado não é um herói de histórias em quadrinhos, vindo diretamente de um modelo racional ideal moderno, quase um tipo ideal (Weber) de ser humano, o modelo de ser humano a ser seguido. O magistrado é um ser humano carente, e, como tal, não é bom. Nem ruim. Tem, ao mesmo tempo, ambas as qualidades. Esse é o ser humano, um ser complexo, ambivalente. Se assim o é, o ato de decisão judicial jamais poderá ser contido por completo pelo sistema de *superego* por mais avançado que este venha a ser. O risco de sobrecarregar o *superego* e confiar-lhe a difícil missão de preservar a imparcialidade do magistrado é subestimar a potencialidade do *id*. Existe sempre a possibilidade do ato de decisão judicial ser reflexo imperceptível do inconsciente.

<sup>291</sup> FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu - Alguns Pontos de Concordância entre a Vida Mental dos Selvagens e dos Neuróticos (1913[1912-13])** v. XIII. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: IMAGO, 1974c, p. 79.

<sup>292</sup> *Idem*. **O Futuro de uma Ilusão (1927) / O Mal-Estar na Civilização(1930[1929])** Volume XXI. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: IMAGO, 1974b, p. 62.

<sup>293</sup> SIMMEL, Georg. **Filosofia do Amor**. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.89.

<sup>294</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p.18.

<sup>295</sup> O conceito de *superego* não é expressamente mencionado por Freud, mas é possível depreendê-lo a partir de sua obra, cf. FREUD, Sigmund. **O Ego e o Id (1923)** v. XIX. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: IMAGO, 1974a, *passim*.

<sup>296</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 406-411.

<sup>297</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Para além do bem e do mal**. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 86.

<sup>298</sup> *Idem*. **Ecce homo: como se vem a ser o que se é**. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, *passim*.

## 2.2 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL NA PÓS-MODERNIDADE

A pós-modernidade é conceito que não encontra consenso em torno de si, vez que há quem prefira *modernidade-tardia*, sob a alegação de que, a rigor, não é possível afirmar que o paradigma da modernidade foi rompido, e, na hipótese disto ser afirmado, qual o momento em que tal fato teria acontecido<sup>299</sup>. De qualquer sorte, quando se imagina quais os pressupostos sociológicos de um conceito de pós-modernidade, vislumbra-se, desde logo, o avanço dos meios de comunicação, a revolução dos meios de transporte<sup>300</sup>, além de outros progressos tecnológicos, como os alicerces indispensáveis para construção do edifício da pós-modernidade.

Fato é que, na atualidade, prospera a compreensão de que viceja no sistema jurídico o conceito de pós-modernidade. Se assim é, resta saber quais seriam os problemas suscitados pela pós-modernidade do ato de decisão judicial.

Como se viu até aqui, na era moderna, o ato de decisão judicial orienta-se pela supremacia da lei, pela presunção do monopólio do poder estatal, quer para resolver os conflitos quer para produzir as normas, bem como se orienta pela imunização do sistema jurídico dogmatizado ou, ainda, pela imparcialidade da decisão judicial. Todavia, na era pós-moderna, abandona-se a uniformidade do sistema jurídico, a racionalidade das construções dogmáticas, o apreço pela busca pela verdade, para se defrontar, agora, com o problema da legitimidade das decisões judiciais, com a superação do dilema entre o juspositivismo e o

<sup>299</sup> MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 615-629.

<sup>300</sup> Nos últimos vinte anos, o homem descobriu a telefonia móvel, criou e incrementou a internet, aprimorou a comunicação via satélite, aperfeiçoou a transmissão de dados por meio de cabos de fibra óptica e transformou a televisão em utensílio doméstico de primeira necessidade. Condenou-se a fotografia a pequenas amostras, quase que escondidas, em salas de arte. Ou seja, nesses últimos anos, o homem revolucionou a sua maneira de se comunicar. Foram a revolução dos meios de comunicação e o aprimoramento dos meios de transporte que viabilizaram o incremento e a velocidade do processo de “globalização”. A globalização financeira (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.), ou melhor, a mundialização (BASTOS, Celso Ribeiro. O abuso do poder econômico e o projeto de lei nº 3.712. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/SP**, São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 13.), que, em 1988, era uma promessa posta em discussão, e é, hoje, uma realidade inafastável. A velocidade como o tempo do lucro da sociedade capitalista. Note-se, assim, que a revolução dos sistemas de comunicação atua no tempo e no espaço fazendo-os adquirir novos valores, adaptados à modernidade tardia. O tempo, que na sua gênese é uma convenção humana, cada vez deixa mais clara sua proporção de feitor do homem. Ou seja, o tempo na sociedade pós-moderna não é o tempo da contemplação, mas o tempo da comunicação, ou, porque não dizer, o tempo da angústia, da produção. Cria-se o *tempo interrompido*, rapidinho, descontinuando tudo, impondo a adivinhação do resto.

jusnaturalismo. Na era pós-moderna, o ato de decisão judicial norteia-se pela *performace*<sup>301</sup>, subordina-se ao tempo, e torna-se mais um produto à disposição na prateleira<sup>302</sup>.

Os problemas da legitimidade e do dilema entre juspositivismo e jusnaturalismo são, antes, problemas que também guardam pertinência com o abismo axiológico em que se vê inserido o ato de decisão judicial. Abismo axiológico que decorre da individualidade humana e de “sua criatividade reativa e ativa diante do ambiente, de enormes diferenças entre as pessoas, que são entes reais, cujas atitudes constituem eventos reais”<sup>303</sup>.

O abismo axiológico, assim, é o abismo de valores que há entre os indivíduos. Indivíduos que, considerados enquanto eventos reais, únicos e que não se repetem, constituem ao longo de suas histórias de vida um catálogo de valores mutáveis que norteia sua conduta. Existe um abismo axiológico entre aquele que julga – o juiz – e aquele que é julgado – o acusado. Esse abismo, inexoravelmente, constitui um dos fatores determinantes do ato de decisão judicial.

O problema da legitimidade, antes da modernidade, consistia no fundamento da legitimidade. Em suma, o que tinha a capacidade de conferir legitimidade a uma decisão qualquer. Com a modernidade, o ato de decisão judicial resolve o seu problema de legitimidade, seja associando o conceito de legitimidade ao de legalidade – tudo que é legal é legítimo –, seja remetendo a validade de uma decisão à norma que lhe é imediatamente superior, conforme Adeodato<sup>304</sup> preleciona.

Outro problema relativo ao abismo axiológico e que também repercute sobre o ato de decisão judicial, tomado sob o marco da pós-modernidade, é a dicotomia entre juspositivismo e jusnaturalismo. O problema do ato de decisão judicial na pós-modernidade é como superar essa dicotomia. Esse binômio que foi colocado no amanhecer da modernidade acabou por fazer prosperar o juspositivismo nos últimos duzentos anos, em contrapartida de cerca de três mil anos de jusnaturalismo que antecederam à modernidade.

Mas apesar da preponderância do juspositivismo nos dias atuais, o dilema entre essas linhas teóricas persiste até os dias de hoje. Afinal, se a constituição é fruto do desejo do poder constituinte originário empiricamente estabelecido, autodeterminado e autolimitado,

<sup>301</sup> LYOTARD, Jean-François. **A Condição-Pós Moderna**. Tradução: Wilmar do Valle Barbosa. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2006, p. 81.

<sup>302</sup> BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007, p. 79.

<sup>303</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 189.

<sup>304</sup> *Idem*. **O problema da legitimidade** – no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1989, p. 29-52.

como explicar o fenômeno da pretendida universalidade dos direitos humanos, os quais se encontrariam acima daquela<sup>305</sup>?

O dilema estabelecido entre juspositivismo e jurnaturalismo, no que toca ao ato de decisão judicial, é, assim, o dilema entre decidir com base em valores universais superiores à lei, mesmo que se vá de encontro a esta, colocando em cheque, desta maneira, a própria imparcialidade do magistrado, ou decidir com espeque na lei e apenas nesta, ainda que esta se afigure injusta diante do caso concreto, ou que possa trazer em si qualquer valor que tenha sido positivado por determinação do poder. A modernidade conferiu notada preferência ao ato de decisão judicial regido pelo juspositivismo. O problema da pós-modernidade é tentar superar esse dilema e oferecer uma resposta mais convincente.

Seja como for, quer no que toca à legitimidade, quer no que toca ao dilema entre juspositivismo e jurnaturalismo, o abismo axiológico, no qual o ato de decisão está envolvido, jamais pode resultar, necessariamente, em qualquer espécie de conotação elogiosa. Ser o ato de decisão judicial moderno ou pós-moderno não implica necessariamente que se trate de ato “mais eficaz”, ou melhor<sup>306</sup>. O ato de decisão judicial, moderno ou pós-moderno, é apenas um ato vinculado aos problemas do seu tempo, um ato histórico, sem que isso signifique um maior desenvolvimento moral ou intelectual do ser humano e da sociedade na qual este se vê contextualizado.

Na pós-modernidade, a noção de ordem entra em crise, e, com ela, a ideia de universalidade dos sistemas racionais modernos, em especial o sistema jurídico. O ato de decisão judicial já não apresenta mais a aparência de segurança de outrora. Na era pós-industrial, o ato de decisão judicial já não é mais decorrência exclusiva da produção de informação – que se multiplica pelas provas –, já não minimiza os riscos a ele inerentes: é, agora, mais um risco para a estabilização das relações sociais.

O ato de decisão judicial que administra a prova “não é senão uma parte da argumentação destinada a obter o consentimento dos destinatários da mensagem científica”. O ato de decisão judicial passa, assim, “a ser controlado por um outro jogo de linguagem, onde o que está em questão não é a verdade, mas o desempenho, ou seja, a melhor relação input/output”<sup>307</sup>, a melhor relação *poder e conhecimento*.

<sup>305</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 190.

<sup>306</sup> *Ibidem*, p. 194.

<sup>307</sup> LYOTARD, Jean-François. **A Condição-Pós Moderna**. Tradução: Wilmar do Valle Barbosa. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2006, p. 83.

O desempenho, então, torna-se o novo critério de legitimidade do ato de decisão judicial. E, nesse sentido, este abandona um discurso humanista-liberal, e se volta à primazia da eficácia (potência). Na era da televisão digital, o critério que rege o ato de decisão judicial é o critério tecnológico. O critério que cria uma nova realidade, uma realidade mais real que a real<sup>308</sup>, uma realidade na qual o ato de decisão judicial não é o fim do processo, mas o meio para difusão de uma ideologia, a ideologia do consumo.

O ato de decisão judicial “torna-se uma força de produção, um momento de circulação do capital”<sup>309</sup>. Abandona-se o jogo denotativo do verdadeiro/falso e o jogo prescritivo do injusto/justo. Em seu lugar, surge o jogo técnico do eficiente/ineficiente<sup>310</sup>. O jogo do ato de decisão judicial é o jogo no qual o poder conduz o saber, e este se presta a justificar o ato de decisão judicial, conferindo-lhe uma aparência de racionalidade. Este jogo substitui a normatividade das leis pela eficiência mensurável dos procedimentos<sup>311</sup>. A decisão legítima, assim, não é apenas a decisão guiada pelo bom desempenho, mas pela boa verificação e pelo bom argumento. O “crescimento do poder e sua autolegitimação passa atualmente pela produção, a memorização, a acessibilidade e a operacionalidade das informações”<sup>312</sup>.

É com essas observações introdutórias sobre o ato de decisão judicial e sobre o cenário da pós-modernidade que se buscará analisar o mal-estar enfrentado pela pós-modernidade. A análise é indispensável, vez que permite compreender melhor o problema da crise de legitimidade do ato de decisão judicial na era pós-moderna.

### 2.2.1 O cenário da pós-modernidade e o seu mal-estar (Bauman)

Somente a sociedade moderna refletiu sobre si mesma como um produto da “cultura” ou da “civilização”, e atuou sobre esse autoconhecimento com os resultados que foram aprofundadamente analisados por Freud, conforme foi destacado anteriormente. Sendo assim, a expressão “civilização moderna”, como bem destaca Bauman<sup>313</sup>, é, por esta razão,

<sup>308</sup> BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e Simulação**. Tradução: Maria João Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 1997, p. 47-50.

<sup>309</sup> LYOTARD, Jean-François. **A Condição-Pós Moderna**. Tradução: Wilmar do Valle Barbosa. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2006, p. 82.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>311</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Unb, 1980, p. 91-94.

<sup>312</sup> LYOTARD, *Op. cit.*, 2006, p. 84.

<sup>313</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p.7.

um pleonasma, vez que toda civilização é moderna, visto que foi somente nesta era que o ser humano perguntou-se sobre si mesmo e questionou-se sobre os resultados da civilização. É nesse contexto que o ato de decisão judicial, enquanto conquista da civilização, demanda que o magistrado, ao aplicá-lo, questione a si próprio, e, principalmente, questione os resultados decorrentes de sua aplicação no tecido social, à medida que esse autoquestionamento é sintoma típico da pós-modernidade.

Sendo certo, na Era Moderna, que a segurança foi o grande farol a iluminar o caminho da humanidade, não é menos certo que esta mesma segurança (ou ordem) trouxe consigo os mal-estares denunciados por Freud – a “compulsão”, a “regulação”, a “supressão” ou a “renúncia forçada” –, os quais, em grande medida, são consequências evidentes do binômio *excesso de ordem X escassez de liberdade*<sup>314</sup>. O mesmo binômio que marca o ato de decisão judicial na era moderna e que acaba por provocar o dilema entre legitimidade da decisão e impossibilidade de apreensão da verdade. Dilema que é causa de alguns dos mal-estares enfrentados pelo ato de decisão judicial na era pós-moderna, dentre os quais, talvez, o mais saliente seja a incapacidade de um modelo de decisão judicial fundado na figura do Estado, vez que este já não detém o monopólio para resolução dos conflitos.

A busca desesperada da modernidade pela segurança, diante da tripla ameaça, esconde-se na fragilidade do corpo, na natureza selvagem do mundo empírico e na agressividade ínsita ao ser humano. Essa busca acaba por justificar o sacrifício da liberdade do indivíduo e a recusa ao prazer. O ato de decisão judicial, então, será mais certo à medida que o magistrado negue suas próprias fragilidades, despreze a contingência do mundo circundante, e reprima um dos aspectos de sua qualidade de ser humano carente, a agressividade que lhe é própria. O ato de decisão judicial, grifado pelo mal-estar da pós-modernidade, é, deste modo, ato que contém a irracionalidade do humano que habita o magistrado, e que, por isto, não pode subestimá-la, uma vez que lhe é inerente.

Neste quadro, então, a busca pelo prazer é compreendida como uma possível causa de mal-estar do humano, ao mesmo tempo em que o excesso de ordem também acaba por redundar em igual consequência. Prazer e ordem entram em cena, em um teatro, em que quaisquer dos papéis protagonizados, se encenados como em um monólogo, provocam novos sintomas de mal-estar. Diante disso, para o ato de decisão judicial, redundam similar dualidade. De um lado, o excesso de ordem aliena o magistrado, encobrendo a ideologia inerente à construção dogmática do direito. De outro, a busca pela sensação de prazer causada pela

---

<sup>314</sup> BAUMAN. Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 7.

crença do alcance da verdade distorce a elaboração do ato de decisão judicial. O magistrado, então, torna-se um pouco mais ciente do drama existencial que cerca o ato de decisão judicial.

Diante disso, como antítese à tese instalada no seio social, o ser humano, na Era Pós-Moderna, prefere a desregulamentação à ordem normativa. Prazer é ser o juiz, que sentencia a condenação da segurança. Prazer que regozija o *ego*, que entorpece o humano e que se amplifica pelo desempenho da decisão. A decisão legítima já não serve à imparcialidade, mas ao desempenho. O desempenho é norteado pela economicidade da operação procedimental de decisão. Nesta nova era, objeto de lições de Edgar Morin<sup>315</sup>, a liberdade é o valor de referência, sem, no entanto, olvidar a beleza, a ordem e a pureza, os quais, agora, devem ser perseguidos por meio da espontaneidade, do desejo e do esforço individual.

Segundo Bauman<sup>316</sup>, a pós-modernidade não deve ser serva da liberdade, mas combatente da interação entre esta e a segurança, isto é, a civilização não deve ser parte, mas todo. Deve ser ambivalente, como a natureza humana e o ato de decisão judicial são: duais. Dual não é a dicotomia dos extremos, do verdadeiro ou falso, mas a capacidade da síntese que se presta ao convencimento, à medida que este interessa ao desempenho. O ato de decisão judicial dual desapega-se da verdade e da negação desta, da certeza e da incerteza. É, agora, cético, no sentido que lhe confere o *pirronimo*<sup>317</sup>. Cético quanto a afirmações pré-determinadas, vinculado à contingência do caso concreto. O ato de decisão judicial assume a sua imprevisibilidade.

Negar a ordem é negar a insegurança inerente à existência humana, assim como pregar o fenecimento da liberdade é castrar o demasiadamente humano instinto de prazer. Talvez, por isso, séculos antes de Freud, Aristóteles já afirmara que a justiça<sup>318</sup> está no meio, e não nas extremidades<sup>319</sup>. Mas o ponto de equilíbrio não é fórmula fácil, não é *cliché*, mas

<sup>315</sup> MORIN, Edgar. **Cultura e Barbárie Européias**. Lisboa: Instituto Piaget, 2007, *passim*.

<sup>316</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 8.

<sup>317</sup> O pirronismo é uma das expressões do ceticismo. O pirronismo é corrente filosófica sensível às contribuições da retórica, que tem Pirro como seu fundador, e Sextus Empiricus como um de seus principais colaboradores. No Brasil, um grande filiado a tal linha de pensamento é o Professor Doutor João Maurício Adeodato. Mais adiante, ao longo dos próximos capítulos, aprofundar-se-á a abordagem em torno do pirronismo. Ressalte-se, desde já, que não se adota aqui, em sua integralidade, a lição defendida pelo professor pernambucano, apesar de grande parte do presente trabalho encontrar-se respaldado em seus escritos. Cf. ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 345-376.

<sup>318</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 23.

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 26.

*différance*<sup>320</sup>, própria da perpétua autocriação do humano. Autocriação que também marca o ato de decisão judicial em um ciclo que se desenrola ao longo da existência do processo, em que o poder interage com o saber. O ato de decisão judicial já não aparenta mais a imagem de consequência necessária daquilo que advém da instrução. Já se desconfia que a instrução seja a película de racionalidade do ato de decisão judicial irracional<sup>321</sup>.

Desta forma, o homem e a mulher pós-modernos trocaram um quinhão de suas possibilidades de segurança por uma porção de felicidade<sup>322</sup>. Se, na modernidade, o mal-estar proveio da circunstância da segurança tolerar uma liberdade demasiadamente diminuta na busca da felicidade individual, na pós-modernidade, o mal-estar decorre de uma espécie de liberdade de procura pelo prazer, que admite uma fração irrisória de segurança individual. De qualquer forma, tanto a liberdade quanto a segurança são valores. Valores que só permaneceram como valores em razão do descarte de outros valores. Este descarte precisa acontecer a fim de que os valores sejam auferidos<sup>323</sup>.

Em meio ao embate entre os valores da segurança e prazer, é que se vê submerso o ato de decisão judicial. O magistrado, tomado como ser humano carente, já não sabe em que informação acreditar, mas, ao mesmo tempo, vê-se obrigado a conferir certeza, a conferir fé a uma dada decisão. Uma fé que se subordina ao culto da velocidade e à lógica do desempenho, em que a decisão judicial precisa ser padronizada e publicada o mais rápido possível, na velocidade da internet. É nesse contexto que os valores se tornam fluidos e fugazes.

Se, de um lado, o descarte determina o valor, de outro, implica uma necessidade maior de valores. Os valores já não são sólidos e tangíveis, são satélites que gravitam em torno de ideologias. O livre-arbítrio do magistrado, então, entra em crise. O magistrado vê-se atordoado entre a ideia que o representa como um valor máximo e a ideia que o submete ao sacrifício diante do altar da segurança. Seja como for, em quaisquer das situações, a felicidade soçobra. E, desta forma, torna-se perceptível que aferir o ato de decisão judicial é, também, ponderá-lo em meio aos valores que o cercam. Valores que não são estáveis, como estável não

---

<sup>320</sup> Trata-se de conceito confeccionado por Jacques Derrida e de fundamental importância para compreensão de seu pensamento desconstrutivista. Este conceito procura realçar a alteridade do *ser*, a singularidade do texto, destacando o dilema que cerca a palavra escrita e a falada, bem como a diversidade de mensagens ocultas no texto conforme o contexto. *Différance* é, em síntese, a crítica a todo padrão. Nesse sentido, então, a linguagem desvincula-se de qualquer essência, e é tomada apenas enquanto forma. (DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Tradução: Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 264-279).

<sup>321</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Tradução: Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 38-40.

<sup>322</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p.8.

<sup>323</sup> *Ibidem, loc.cit.*

é a decisão judicial. Valores capturados segundo a singularidade do magistrado enquanto resultante de um esforço de equidade<sup>324</sup>.

O ato de decisão judicial equânime torna-se, então, o desejo de felicidade do magistrado mergulhado na era da pós-modernidade. A felicidade do ponto médio. Uma felicidade frágil. Mas, se a felicidade é valor, e o ato de decisão judicial vê-se envolvido pelo abismo axiológico que permeia, por exemplo, a relação entre juiz e acusado, o ato de decisão judicial é ato tendente ao fracasso. O ato de decisão judicial, assim, não é o porto seguro das expectativas sobre ele depositadas, mas o clímax das expectativas frustradas, sejam as depositadas pela sociedade, sejam as empenhadas pelas partes. Em suma, o ato de decisão judicial não resolve o conflito, é, em si, conflito.

Freud, ciente do problema que cerca a questão da felicidade, assevera que “[...] é possível supor que só se possa extrair intenso deleite de um contraste, e muito pouco de um estado de coisas”<sup>325</sup>. Poder-se-ia perguntar: por quê? Porque, “o que chamamos de felicidade [...] vem da (preferivelmente repentina) satisfação de necessidades represadas até um alto grau e, por sua natureza, só é possível como fenômeno episódico”<sup>326</sup>. Por que a decisão judicial seria, então, esse momento? Por que o magistrado seria feliz ao decidir? Será porque, nessa ocasião, ele alcançaria a verdade e desapegar-se-ia da dúvida? Será?

A felicidade é fenômeno que pressupõe castração e fugacidade. Mas não se entenda, por favor, que a toda castração sucede um momento de felicidade, ou que, a toda tentativa de imparcialidade, decorre um instante de equidade. A liberdade sem segurança não implica maior felicidade, nem o inverso é correto. O mesmo deve se considerar acerca do ato de decisão judicial: o arbítrio do magistrado não implica maior equidade, nem sua imparcialidade necessariamente remete a uma decisão mais equânime. Se a pós-modernidade requer a reavaliação de valores – e se reavaliar pode propiciar um momento de felicidade –, não se deve olvidar, também, de que reavaliar não garante, necessariamente, um *estado* de satisfação.

Não existe ganho sem perda. Por isto, a virtude está no ponto de equilíbrio, mas o ponto de equilíbrio não é o resultado de uma análise matemática de custos e benefícios<sup>327</sup>, vez que o custo de agora, no momento seguinte, pode tornar-se benefício. Logo, o custo e o

<sup>324</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Jéferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 32-43.

<sup>325</sup> FREUD, Sigmund. **O Futuro de uma Ilusão (1927) / O Mal-Estar na Civilização (1930[1929])**. v. XXI. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: IMAGO, 1974b, p. 27.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>327</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, p. 97-101.

benefício não são, mas estão, e isto torna a busca pelo equilíbrio ainda mais tormentosa. Este tormento agrava-se à medida que se percebe que o ponto de equilíbrio do ato de decisão judicial não é uma verdade demonstrável, mas argumentável<sup>328</sup>. Portanto, enquanto esforço de argumentação, o meio, do qual fala Aristóteles, não é resultado exclusivo de ato de conhecimento, mas resultante da interação deste com a emoção, quando, então, transforma-se em ato de persuasão<sup>329</sup>.

Logo, uma concepção pós-moderna do ato de decisão judicial não é estática, não é produto de ciência, vez que é, a um só tempo, ato de interpretação e de argumentação. Ato complexo que os vocábulos não conseguem capturar e retransmitir. Desta forma, o ato de decisão judicial escorado num catálogo de argumentos<sup>330</sup> deve ser o resultado do esforço para se alcançar um lugar comum<sup>331</sup> após terem sido testados os argumentos que o legitimam e a resistência destes diante do auditório<sup>332</sup>. Este auditório será maior quanto maior for a comunidade de intérpretes<sup>333</sup>. E, por conta disso, maior será também a possibilidade de refutação do argumento.

### 2.2.2 A crise de legitimidade do ato de decisão

Antes de ingressar propriamente na questão relativa à crise de legitimidade do ato de decisão judicial, convém contextualizá-lo melhor dentro do paradigma da pós-modernidade. Esse esforço de contextualização, que se soma ao já desenvolvido anteriormente, tem por finalidade melhor entender a aludida crise de legitimidade, bem como preparar o terreno no qual se lançará uma proposta de compreensão do ato de decisão judicial escorada em três linhas estratégicas, atenta a uma concepção positivista-retórica, e sensível aos problemas da contemporaneidade.

O mal-estar da pós-modernidade é a busca pela felicidade diante da fragilidade das construções racionais. É conviver com a insegurança que permeia a existência humana e dar-se conta da importância da linguagem. É, em suma, o desprezo por uma metafísica

<sup>328</sup> PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – A Nova Retórica**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>329</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 312.

<sup>330</sup> CÍCERO, Marco Túlio. **Retórica a Herênio**. Tradução: Adriana Seabra e Ana Paula Celestino Faria. São Paulo: Hedra, 2005, *passim*.

<sup>331</sup> FERRAZ JR., *Op.cit.*, 2007, p. 294.

<sup>332</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Tradução: Kelly Alfen da Silva. Porto Alegre: Safe, 2008, *passim*.

<sup>333</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 15-16.

essencialista de índole objetológica<sup>334</sup> e o apreço por uma ontologia comunicativa procedimentalista aberta às advertências de um ceticismo pirrônico<sup>335</sup>. É, inserido dentro desse quadro, que se vislumbra aqui o ato de decisão judicial: ato ciente de sua limitação linguística, desconfiado da busca por qualquer verdade, sensível à persuasão oferecida pelos argumentos. Um ato descrente da certeza, companheiro da dúvida, e em crise, em crise de legitimidade.

O ato de decisão judicial norteado por tais balizas não é a expressão de um mero subjetivismo, nem a manifestação de um relativismo extremo. Não se trata de um decisionismo. Não é porque o ato de decisão judicial depara-se com uma crise de legitimidade, que se torna inútil qualquer esforço voltado a repensar este problema sob novas perspectivas. O ato de decisão judicial, assim, não é a simples expressão de um pragmatismo, no sentido que lhe confere Richard Rorty<sup>336</sup>, em que toda a interpretação é orientada pelo uso que dela se faz de acordo com os interesses envolvidos.

O ato de decisão judicial deve, antes, ser um esboço de desconstrução<sup>337</sup> das mensagens ocultas que podem se encontrar inseridas nos textos da lei, do acórdão, ou, ainda, dos autos. Um esboço nunca acabado, nunca detentor de uma resposta certa, mas antes revelador das diversas respostas possíveis e das diferentes possibilidades de relação que possa haver entre decisão e instrução, entre poder e saber, entre escolha e informação.

Na pós-modernidade, “não é já a verdade, mas a utilidade a única capaz de dar sentido à existência humana”<sup>338</sup>. O ato de decisão judicial desapega-se da verdade e orienta-se pela utilidade. O abrir das cortinas desse palco já revela que “a falsidade não é incompatível com a utilidade”<sup>339</sup>, e que o ato de decisão judicial, agora, segue a trilha do pirronismo, enquanto expressão do ceticismo<sup>340</sup>.

O ato de decisão judicial atrela-se a um “saber tecnológico”. Um saber que descarta todo produto da metafísica, o qual, outrora, havia substituído um saber teológico<sup>341</sup>.

<sup>334</sup> Sobre o sentido conferido à expressão, consultar os esclarecimentos desenvolvidos na introdução.

<sup>335</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 345-350.

<sup>336</sup> RORTY Richard. **Verdade e progresso**. Tradução: Denise R. Sales. Revisão científica: Marco Casanova. Barueri - SP: Manole, 2005, p. 3-35.

<sup>337</sup> BALKIN, Jack M. **Deconstruction**. Disponível em: < <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/deconessay.pdf> >. Acesso em: 17 jan. 2009, *passim*; BALKIN, Jack M. **Desconstrução**. Tradução: Guadalupe Feitosa Alexandrino Ferreira do Nascimento. Consultor: Hagen Heydrich Kennedy. (No prelo), *passim*.

<sup>338</sup> NEVES, Antônio Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia** – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 8.

<sup>339</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>340</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p.346.

<sup>341</sup> NEVES, *Op. cit.*, 2003, p. 9.

O ato de decisão judicial perde qualquer vínculo com um sistema jurídico dogmático que tenha a pretensão de totalizar a inteligibilidade do ser, do mundo circundante e do humano. Qualquer compreensão sistemática do ato de decisão judicial que tenha, então, a pretensão de certeza, converte-se em algo irreal.

Nietzsche já havia advertido que a “verdade é [...] mais nefasta que o erro ou a ignorância, porque ela paralisa as forças que poderiam servir ao conhecimento”<sup>342</sup>. O ato de decisão judicial fiel à verdade e atrelado à imparcialidade é o esconderijo perfeito para irracionalidade do ser humano carente, o juiz.

O ato de decisão judicial moderno não tem a pretensão de resolver o conflito real, mas servir de placebo para os envolvidos no processo. E, assim como todo placebo, o ato de decisão judicial tem a potencialidade de agravar o conflito real que não lhe foi posto a resolver. Mas isso não importa! O que importa é aparentar solucionar o conflito artificialmente adequado ao processo<sup>343</sup>.

Quando o ato de decisão judicial desvincula-se da verdade, e desconfia do convencimento, já percebe que seu *ser-em si*<sup>344</sup> é apenas a linguagem. Linguagem que encarcera qualquer construção possível de decisão, e que já revela a impossibilidade de apreensão de uma verdade, mas que também já mitiga a capacidade do argumento. A “tarefa do pensamento já não é, como sempre pensou a modernidade, remontar ao fundamento”<sup>345</sup>, pois “não há nenhum *Grund*, nenhuma verdade última, há apenas aberturas históricas”<sup>346</sup>. O ato de decisão judicial transforma-se, então, em um jogo de linguagem<sup>347</sup>. Um jogo de linguagem marcado ou por um pluralismo radical ou por uma ausência de unidade redutiva e integrante<sup>348</sup>.

Um ato de decisão judicial norteado pela linguagem não tem nesta uma nova unidade racional redutiva e integrante que garantiria, assim, uma apreensão racional e dogmatizada da decisão. O ato de decisão judicial, na pós-modernidade, já “não tem *logos*,

<sup>342</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Para além do bem e do mal**. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 47.

<sup>343</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade** – Fundamentos da sociologia compreensiva. v. I. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília-DF: Editora Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999a, p. 198-213.

<sup>344</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 258-270.

<sup>345</sup> NEVES, Antônio Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia** – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 15.

<sup>346</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>347</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico Filosófico – Investigações Filosóficas**. 3. ed. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 183-202.

<sup>348</sup> NEVES, *Op. cit.*, 2003, p. 18.

nem *nomos*, nem *telos*<sup>349</sup>, é, agora, *différance*, a contínua manifestação do *novum* em sentido próprio, sem qualquer pré-determinação ou superação. O ato de decisão judicial em sua autêntica alteridade: nem provisória, nem redutível, apenas ambivalente e histórica. Assim, o ato de decisão judicial deixa de ser essência e transforma-se em forma. Forma delimitada pela linguagem. Linguagem não enquanto instrumento, mas enquanto cenário. Cenário no qual o ato de decisão judicial é a principal fala de um dos protagonistas da cena processual, o juiz.

O ato de decisão judicial, enquanto pensamento pós-moderno, é “pensamento do *novum* da diferença que começou precursoramente em Nietzsche – verdadeiramente o primeiro pensador pós-moderno – que se fez explícito com a radical ‘diferença ontológica’ de Heidegger e com a ‘escrita’ [...] de Derrida”<sup>350</sup>. O mesmo pensamento que se faz expressar, de forma não menos radical, por meio dos “‘jogos de linguagem’ de Wittgenstein”<sup>351</sup> e do “*différend* de Lyotard”<sup>352</sup>. O que acaba por impor “uma visão do *ser* não já assinalada pela plenitude, mas pela fractura e pela falta”<sup>353</sup>. Isto revela que é preciso pensar o ato de decisão judicial enquanto diferença, e, mais que isso, é preciso pensar a diferença como diferença<sup>354</sup>, e não como um novo rótulo.

Um ato de decisão judicial atrelado à diferença é ato que desconfia do *consenso*, vez que a “a formação de um consenso através de um discurso argumentativo não seria outra coisa que não a submissão da espontaneidade e da autonomia individual perante as exigências de poder de um sistema social”<sup>355</sup> e, por conseguinte, algo assimilado a uma autoalienação. Não se menosprezam os argumentos para formação de uma decisão judicial convincente, mas também não se supervaloriza a ideia de consenso para orientação dessa decisão. O ato de decisão judicial é, assim, um lance de dados, um jogo sem regras, uma “‘estratégia sem objectivos’, uma ‘táctica cega’ que remete ao jogo de ‘unidade do acaso e da necessidade num cálculo sem fim’, no qual quem perde ganha, e quem ganha perde em todos os lances”<sup>356</sup>. O ato de decisão judicial deve ser um discurso que não elimine as diferenças.

---

<sup>349</sup> NEVES, Antônio Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia** – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 15.

<sup>349</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>350</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>351</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>352</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>353</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>354</sup> DE MAN, Paul. *Rhetoric as jurisprudence: An introduction to the politics of legal language*. In: **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 4. Oxford University Press: 1984, p. 92-93.

<sup>355</sup> APEL, Karl-Otto. *El desafío de la crítica total a la razón y el programa de una teoría filosófica de los tipos de racionalidad*. In: **Annales de la Catedra Francisco Suarez**, n. 29, 1989, p.65.

<sup>356</sup> NEVES, *Op. cit.*, 2003, p. 19.

É nesse contexto que a crise de legitimidade do ato de decisão judicial surge como crise da razão<sup>357</sup>. Esta é a crise de uma dogmática, da “dogmática justamente do racionalismo moderno-iluminista”<sup>358</sup>. Dogmática que postula que a “razão” desempenhe o papel de potência primeira, senão de única legítima, e que pretende constituir-lhe um estatuto autônomo. Essa razão ignora seus “opostos”, despreza os ângulos do evento real por ela não selecionados, e despreza o conflito real, jamais decidido pelo ato de decisão judicial.

Um ato de decisão judicial subordinado à dogmática da razão moderna é ato que extrai sua legitimidade da legalidade. Se a decisão foi tomada em observância à lei pela pessoa competente, autorizada pela lei, este ato de decisão judicial é, necessariamente, legítimo. Um ato de decisão judicial, assim, é um ato crente de sua capacidade em capturar a verdade, um imperativo categórico<sup>359</sup> por excelência. Esta crença, por sua vez, decorre da convicção de que só por meio da razão é possível acessar a verdade.

O ato de decisão judicial moderno, então, norteia-se por uma razão cartesiana, firmada sobre uma lógica dedutiva<sup>360</sup>, alicerçada sobre uma construção racional totalizante-universal. Uma razão que não apenas definiu um método como acabou por se identificar com este método, o “método científico”<sup>361</sup>. O ato de decisão judicial guiado por tal razão torna-se, então, ato que pretende deter o controle dos eventos reais, ao mesmo tempo em que deseja conservar a sua imagem de neutralidade. Neutralidade que é aproveitada pelas ideologias para, desta forma, se disseminarem de forma disfarçada por meio do aparato técnico-racional da modernidade. Pode-se dizer, assim, que o ato de decisão judicial orientado pelo farol da modernidade é ato que pressupõe a dogmática como procedimento jurídico de solução de conflitos, o positivismo como perspectiva teórica e filosófica, e a democracia como regime político<sup>362</sup>.

O ato de decisão judicial subordinado ao paradigma da modernidade traz consigo uma violência simbólica, tal como definida por Pierre Bourdieu e Jean-Claude Passeron<sup>363</sup>.

<sup>357</sup> Ou, como sugere Adeodato, crise provocada pelas “ideologias derrotadas que permanecem em protesto contra as vencedoras”, cf. ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 334.

<sup>358</sup> NEVES, Antônio Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia** – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 20.

<sup>359</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 123-134.

<sup>360</sup> DESCARTES, Renè. **Discurso do Método**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 32-43.

<sup>361</sup> NEVES, *Op. cit.*, 2003, p. 20-21.

<sup>362</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 211.

<sup>363</sup> BOURDIEU, Pierre & PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino**. Tradução: Reynaldo Bairão. Revisão de Pedro Benjamin Garcia e Ana Maria Baeta. Petrópolis - RJ:

Uma violência que manipula os símbolos impondo uma ideia à revelia dos eventos reais, e, o que é mais salutar, encobrindo que tal imposição esteja sendo realizada. Na modernidade, o ato de decisão judicial não se preocupa com o evento real, que nem chega a ser trazido ao processo, antes, encontra-se comprometido com uma ideia que é imposta e difundida por meio dos símbolos de forma sutil, sob a aparência de imparcialidade e com o selo de cientificidade.

Nesse cenário histórico, o ato de decisão judicial, como salienta Bourdieu<sup>364</sup>, transforma-se em um ato dissimulado. Um ato que encobre tanto a sua incapacidade para resolução do conflito real, dado seu caráter linguístico inapreensível, quanto a sua real finalidade, a disseminação de uma dada ideologia<sup>365</sup>, por meio de padrões de comportamento construídos ao longo do tempo sob o véu da tradição.

Diante disso, a crise da razão moderna – que, conforme salientado, torna-se a crise da legitimidade do ato de decisão judicial na pós-modernidade – resulta tanto da irreduzível fragmentação do conflito real, uma vez que o verdadeiro conflito não seria acessível ao ato de decisão judicial, quanto de sua arrogância em se autodenominar como a única capaz de apreender a verdade em função da perspicácia do seu método<sup>366</sup> (desprezando a religião, a arte, ou, ainda, a tradição), o que retira do ato de decisão judicial o monopólio para resolução dos conflitos.

Mas não apenas estas razões motivam a crise da legitimidade do ato de decisão judicial. Uma terceira justificativa é a de que o lugar, antes ocupado pela razão-dogmática, hoje é preenchido pela linguagem. O ato de decisão judicial é ato sempre intermediado pela linguagem na relação que mantém com o evento real. É a partir dessa relação oblíqua que se constrói o caso deduzido nos autos. O caso dos autos é sempre caso subordinado a um abismo gnosiológico. Sendo assim, se o caso processado não é o real, o conflito não pode ser o real.

Uma quarta causa para crise de legitimidade do ato de decisão judicial, como acentua Antônio Castanheira Neves, é a circunstância de que a “verdade mesma (verdade razão-ciência) deveria ceder o seu lugar tradicional a outras intencionalidades – desde logo à solidariedade”<sup>367</sup>, no sentido que Rorty<sup>368</sup> empresta a esta.

Vozes, 2008, p. 21-90. Consultar, ainda, FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 274-275.

<sup>364</sup> BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz. 11.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 7-16.

<sup>365</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 104-105.

<sup>366</sup> FEYERABEND, Paul. *Tratado contra el método*. Disponível em: <[http://www.inicia.es/de/diego\\_reina/filosofia/fil\\_ciencia/feyerabeend\\_metodo.htm](http://www.inicia.es/de/diego_reina/filosofia/fil_ciencia/feyerabeend_metodo.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2003.

<sup>367</sup> NEVES, Antônio Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia** – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 21.

Uma quinta causa é a de que tal crise deriva, também, do monismo da razão dogmático-moderna científica, a qual tem a pretensão de se intitular como definidora da razão em si<sup>369</sup>. O ato de decisão judicial fundado em uma razão dogmático-moderna revela-se, assim, um ato tirano, avesso ao pluralismo das racionalidades, vez que, em nome de uma universalidade do sistema jurídico ao qual se encontra vinculado, refuta qualquer possibilidade de dissenso irreduzível. É preciso conservar e difundir de forma subliminar uma razão totalizadora, uma razão dogmático-moderna.

Castanheira Neves aponta, ainda, que a sexta razão para a crise de legitimidade do ato de decisão judicial é o desvelar de uma verdade oculta à verdade dita racional, uma verdade oriunda da vontade do poder<sup>370</sup>, uma verdade controlada por uma ideologia<sup>371</sup>.

Por fim, a última justificativa para a crise da legitimidade do ato de decisão judicial é a circunstância de que todo discurso lastreado em uma verdade dogmático-moderna, de índole metafísica, e que desconhece a “‘diferença ontológica’ entre ‘ente’ e ‘ser’”<sup>372</sup>, acaba por ser, em realidade, um discurso contingente, conveniente, histórico e de ocultação do “ser temporalizado”, conforme assevera Derrida<sup>373</sup>.

As palavras de Castanheira Neves bem resumem o quadro das causas que ocasionam a crise da razão, e, por consequência, da crise de legitimidade do ato de decisão judicial:

Crise, pois, resultante da *desabsolutização da razão*, do reconhecimento da sua contingente condicionalidade e dos seus limites, do pluralismo que nela própria faz conhecer diferenças irreduzíveis, do fracasso da sua ambição em oferecer a chave do mistério, das suas evidentes lacunas humanas, do seu *álibi* para o poder, do seu lugar limitado e superado na historicidade do ser, etc.<sup>374</sup>.

A crise de legitimidade do ato de decisão judicial na pós-modernidade, conforme assevera Habermas, acaba por revelar uma tensão entre facticidade e validade<sup>375</sup>, provocada

<sup>368</sup> RORTY, **Contingência, ironia e solidariedade**. Tradução: Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 311-325.

<sup>369</sup> NEVES, Antônio Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia** – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 21.

<sup>370</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, *passim*.

<sup>371</sup> MARCUSE, Herbert. **Ideologia da Sociedade Industrial**. 3. ed. Tradução: Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969, *passim*.

<sup>372</sup> NEVES, *Op.cit.*, 2003, p. 22.

<sup>373</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: O “Fundamento místico da autoridade”**. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 121-123.

<sup>374</sup> NEVES, *Op.cit.*, 2003, p. 22.

<sup>375</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. v. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 276-296.

pelo paradigma da modernidade<sup>376</sup>. Esta tensão acaba por exigir que sejam satisfeitas as exigências de “decisão consistente” e “aceitabilidade racional”.

Diante desta tensão, Habermas oferece, como proposta, uma resposta lastreada em uma “ética do discurso”<sup>377</sup>. Ética mediante a qual os atores da cena processual não mais precisam participar sob uma única perspectiva axiológica previamente imposta, mas voltados à busca do consenso. Este consenso deve ser obtido mediante a participação dos sujeitos em um procedimento argumentativo<sup>378</sup>.

O procedimento argumentativo imaginado por Habermas consiste em um discurso racional. Um discurso que tem como pressuposto “um processo de automodificação de indivíduos sobre a base da ‘busca cooperativa pela verdade’”<sup>379</sup>, orientado por regras previamente válidas, como, por exemplo, a sinceridade dos participantes, a coerência de seus argumentos, a franquia à participação, a liberdade de constrangimentos<sup>380</sup>, dentre outras. Em suma, Habermas oferece como resposta à tensão entre facticidade e validade, provocada pela modernidade e latente ao ato de decisão judicial por ela construído, um procedimento racional argumentativo, que se sobreponha à universalidade da razão iluminista<sup>381</sup>.

Todavia, a construção habermasiana afigura-se, até certo ponto, ingênua, vez que acredita em uma automodificação do ser humano, despreza sua índole carente, confia em uma busca cooperativa pela verdade, sobrecarrega em expectativas o procedimento judicial argumentativo, e supervaloriza uma possibilidade racional de consenso. Como já destacado linhas atrás, um discurso voltado ao consenso não deixa de ser um discurso limitador da espontaneidade e da autonomia dos participantes do procedimento judicial, e, em especial, daquele que edita o ato de decisão judicial, o juiz. Esse discurso submete a individualidade do juiz e a diferença da escrita (Derrida)<sup>382</sup> às exigências de poder de um sistema social<sup>383</sup>, e que, portanto, se afigura como um discurso de autoalienação<sup>384</sup>.

<sup>376</sup> HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, *passim*.

<sup>377</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. v. I. 2.ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 276.

<sup>378</sup> *Ibidem*, p. 277-278.

<sup>379</sup> *Ibidem*, p. 279.

<sup>380</sup> *Ibidem*, p. 280-282.

<sup>381</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 138.

<sup>382</sup> DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Tradução: Miriam Chnaidermann e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 264-279.

<sup>383</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e suas formas jurídicas**. 3.ed. 2. reimp. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Supervisão final do texto: Léa Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005, p. 79-102.

<sup>384</sup> *Ibidem*, p. 100-101.

O ato de decisão judicial marcado por uma crise de legitimidade é ato que deve recusar parâmetros de conduta legítimos “em si mesmos”, que deve se coadunar com uma ética, genérica e simultaneamente, cética, compreensiva, disposta a tolerar posturas diversas, as quais não devem ser estendidas a todos e a qualquer custo. Um ato de decisão judicial que pretenda oferecer uma proposta de superação para a crise de legitimidade que vivencia deve ser ato que não exija como pressupostos necessários nem uma economia de livre mercado nem um modelo capitalista de Estado Democrático de Direito<sup>385</sup>. Um ato que não confira ao consenso racional, ou ao consenso sobre o procedimento judicial, um papel de destaque.

Se a legitimidade da decisão judicial na modernidade, segundo o modelo de positivismo formulado por Kelsen<sup>386</sup>, consiste em buscar sua fundamentação na norma imediatamente superior, na pós-modernidade, formulam-se as mais diversas combinações teóricas, todas voltadas a ofertar uma proposta de superação à crise de legitimidade do ato de decisão judicial. Uma destas propostas é a que consiste em um ato de decisão judicial fundado em um consenso moral e racional discursivo, tal como formulada por Habermas, já explanada e refutada linhas atrás.

Outra proposta de legitimação do ato de decisão judicial na pós-modernidade é a elaborada por Robert Alexy<sup>387</sup>. Tal proposta busca construir a legitimidade do ato de decisão judicial a partir de um discurso racional e procedimental, submetido às regras de argumentação.

Como adverte Adeodato, a proposta de Alexy é eclética<sup>388</sup>, vez que se aproveita de aspectos juspositivistas e de aspectos jusnaturalistas. Do positivismo, retira tanto o caráter procedimental de suas regras, teoricamente sem conteúdo, quanto à circunstância dessas regras procedimentais não serem transcendentais, vez que fazem parte da razão genética humana. Por sua vez, do jusnaturalismo, aproveita o fato de existirem “regras acima do direito positivo, prévias e superiores ao pacto jurídico-político, por mais originário que este seja, regras não submetidas às escolhas do poder, válidas em si mesmas”<sup>389</sup>, e o fato da

---

<sup>385</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 140.

<sup>386</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 97-109.

<sup>387</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica** – A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira: Cláudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005, p. 181-208.

<sup>388</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2006, p. 342.

<sup>389</sup> *Ibidem, loc. cit.*

circunstância dessas regras encontrarem-se acima do espaço e do tempo, porque apresentam caráter universal e atemporal<sup>390</sup>.

Uma terceira proposta de legitimação do ato de decisão judicial é a formulada por Luhmann, que objetiva imunizar tal ato por meio da institucionalização da possibilidade de dissenso mediante um consenso prévio quanto às regras do procedimento judicial autopoieticamente organizado<sup>391</sup>. Luhmann, desta forma, procura estabilizar as expectativas e controlar os conflitos através do procedimento. O procedimento desempenha o papel de mecanismo de legitimação, de sorte a institucionalizar a legitimidade do ato de decisão judicial<sup>392</sup>.

Todavia, tanto a proposta de Alexy quanto a de Luhmann depositam grande importância na racionalidade de um ser humano pleno. Subestimam o drama existencial e o abismo gnosiológico que cercam o ato de decisão judicial. Pior: conferem papel de menor relevância para a função desempenhada pela ideologia neoliberal capitalista.

Não fosse isso suficiente, as duas concepções tomam como pressuposto a figura do Estado Democrático de Direito<sup>393</sup> de forma irrefletida<sup>394</sup>, desconsiderando a sua qualidade de “tipo ideal, uma ficção, uma estratégia retórica de controle social que se tem mostrado

<sup>390</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 342.

<sup>391</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Unb, 1980, p. 200-208.

<sup>392</sup> *Idem*. **Sociologia do Direito II**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 61-69.

<sup>393</sup> João Maurício Adeodato assevera que outro desafio da pós-modernidade é “fixar limites ao poder constituinte originário”, cf. ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 210.

<sup>394</sup> A democracia capitalista deve ser vista com desconfiança. É possível afirmar, com esquete em Weber, que a democracia capitalista é a engrenagem mais aperfeiçoada do Poder e que se presta à dominação (WEBER, Max. **Economia e Sociedade – Fundamentos da sociologia compreensiva**. v. II. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília-DF: Editora Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999b, p. 187-195). A democracia capitalista permite a dominação perfeita, vez que incute no dominado a ideologia de igualdade de participação no Poder e da liberdade social. O mais perfeito dos Poderes é aquele que não é percebido. O dominado toma como sua a ideologia do dominador (cf. GRAMSCI, Antonio. **Os intelectuais e a organização da cultura**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995, *passim*). A democracia capitalista aproveita-se da irracionalidade humana (cf. SURET-CANALE, Jean. As origens do capitalismo (séculos XV a XIX). In: PERRAULT, Gilles (Org.). **O livro negro do capitalismo**. Tradução: Ana Maria Duarte. 3.ed. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 23-46), irracionalidade que é amplificada e fomentada no exercício do Poder. Nesse sentido, então, a democracia é uma emboscada, uma estratégia anestésica do Poder. A armadilha dos ingênuos, a estratégia do Capital e o discurso dos “homens de boa vontade”. Mas quem nos protege da bondade dos bons? Em suma, a democracia pressupõe a exclusão. Como bem nos lembra Aristóteles, somente os homens livres exercem a liberdade política, participam da *polis* e, para isso, faz-se necessário que possuam escravos, de sorte que estes possam proporcionar àqueles a liberdade do discurso, o desapego aos meios que propiciam a sobrevivência. Quem tem fome não é livre! (cf. ARISTÓTELES, **A Política**. Tradução: Torriero Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002, *passim*). Por tudo isso, a democracia capitalista deve ser compreendida com um objeto de fé ou, para ser otimista (utilitarista?), como um tipo ideal que supostamente possa ser perseguido, cf. AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **A publicidade no processo penal e a democracia capitalista: um binômio problemático!** Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/350136/>>. Acesso em: 29 jan. 2009.

funcional e eficiente em diferentes contextos sociais”<sup>395</sup>. Tais concepções pressupõem que esse mesmo Estado continua a deter o monopólio tanto da elaboração das normas quanto da resolução dos conflitos, o que já revela a inadequação de tais teorias à realidade jurídico-social latino-americana<sup>396</sup> e a total desconsideração para com outras teorias, como as que sustentam a existência de um direito achado na rua<sup>397</sup>.

Os dois teóricos do direito atribuem pouca importância ao problema da sobrecarga do direito na contemporaneidade. Sobrecarga que será maior quanto maior for a expansão do direito e a retração de outros subsistemas normativos sociais, como, por exemplo, a religião e a moral. É possível dizer, com amparo em Morisson, que “nunca antes, parece, exigiu-se tanto do direito; nunca antes investiu-se tão pouca autoridade nele”<sup>398</sup>.

Portanto, na pós-modernidade, em uma sociedade cada vez mais complexa e diferenciada, só é possível imaginar o ato de decisão judicial enquanto consenso precário, casuístico, atrelado a determinado contexto processual, construído para determinada situação, e consciente da diferença da escrita e do jogo de linguagem que o permeia. O ato de decisão judicial perde, desta maneira, qualquer vínculo com uma legitimação racional e institucionalmente garantida, seja no que se refere aos seus possíveis conteúdos, seja no que toca aos procedimentos argumentativos<sup>399</sup>.

Desta forma, já se pode afirmar que o cenário do ato de decisão judicial e de sua legitimidade na pós-modernidade é um cenário incerto. Se a dogmática jurídica e o Estado Moderno serão conceitos eliminados, ou se haverá uma adaptação crescente destes aos novos problemas, com uma maior abertura do direito, essa cada vez mais embasada em princípios ou em procedimentos alternativos de solução de conflitos<sup>400</sup>, esta é uma questão que só o futuro poderá responder. E, como o futuro é uma construção linguística, e o tempo uma convenção humana, não se oferece aqui, quanto à legitimidade do ato de decisão judicial, uma solução pronta, universal, atemporal e acabada, uma vez que o futuro não existe. O que será desenhado ao longo do trabalho é, antes, um esboço, e, como todo esboço, provisório.

O que já se pode precisar sobre um esboço de ato de decisão judicial situado na pós-modernidade é que este é levado a efeito através de um plexo normativo que busca sua

---

<sup>395</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 211-212.

<sup>396</sup> *Ibidem*, p. 209-210.

<sup>397</sup> SOUZA JR., José Geraldo. Um direito achado na rua: o direito de morar. *In: O direito achado na rua*. 3.ed.. Brasília: UnB, 1990, *passim*.

<sup>398</sup> MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 17.

<sup>399</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 211.

<sup>400</sup> *Ibidem*, p. 212.

fundamentação por meio da ampliação gradativa da vagueza e da ambiguidade dos textos fundantes, a qual encontra seu ápice na alusão aos princípios expressos no texto constitucional<sup>401</sup>. Esses textos são apenas sugestões de significados, de índole metafórica, que, quando da elaboração do ato de decisão judicial, revelam suas estruturas linguísticas entimemáticas<sup>402</sup>, as quais vêm a ser preenchidas de forma concreta consoante as peculiaridades do caso em análise<sup>403</sup>.

Com o fim de melhor explicitar este esboço de ato de decisão judicial é que se tentará desenhar três linhas estratégicas que delimitam esta construção. Estas três linhas estratégicas devem ser concebidas, desde já, como três traços genéricos a definir, em um primeiro plano, e de forma mais abrangente, o diâmetro de extensão do ato de decisão judicial. Tais linhas prestam-se a ser contornos epistemológicos, em vez de diretrizes metodológicas.

### 2.3 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E SUAS TRÊS LINHAS ESTRATÉGICAS

Três linhas estratégicas podem ser propostas, de sorte a melhor delimitar um esboço de ato de decisão judicial no cenário da pós-modernidade. Uma é a dogmática jurídica, como forma de organização do direito e de um dos seus objetos de estudo, o ato de decisão judicial. A segunda é a retórica, enquanto postura filosófica gnosiológica, mas não desvinculada de sua base ontológica necessária<sup>404</sup>, a qual permite uma nova compreensão gnosiológica do ato de decisão judicial. A última linha é uma ética orientada pela tolerância, como postura filosófico-axiológica<sup>405</sup>, que viabilize pensar o ato de decisão judicial como espaço de embate entre diferentes valores, os quais são desprovidos de qualquer objetividade ou resistência, embora considerados como fórmulas fluidas manipuláveis por ideologias.

---

<sup>401</sup> Lenio Luiz Streck defende uma posição mais otimista e menos cética acerca da “força normativa” dos princípios, *cf.* STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000, p. 224-239.

<sup>402</sup> Entimema é expressão cunhada por Aristóteles, à qual se dedicará grande atenção nos próximos capítulos desse trabalho, *cf.* ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007, *passim*.

<sup>403</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 210.

<sup>404</sup> A retórica que será aqui desenvolvida não se desvincula de seu alicerce ontológico necessário, a linguagem. Logo, não se adotará aqui uma concepção retórica do ato de decisão judicial que esteja desatenta com o problema ontológico-linguístico. Daí a importância da distinção entre objetologia e ontologia traçada na introdução, das concepções objetológica e retórica de linguagem apresentadas no capítulo primeiro, para que agora se possa compreender melhor o que se definirá aqui, em capítulo posterior, como estrutura ontológico-retórica do ato de decisão judicial.

<sup>405</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2006, p. 318.

De cada linha estratégica fixada, extrai-se, por sua vez, um corolário mais específico, a saber: a ciência dogmática do direito, que decorre da primeira linha estratégica, a dogmática jurídica; uma postura retórica sobre o direito, de base ontológica, que descende da segunda linha estratégica, a retórica como linha filosófica gnosiológica ciente de que a linguagem constitui o seu *ser*; e a democracia de direito<sup>406</sup>, considerada como um tipo ideal, enquanto cenário da terceira linha estratégica, uma ética da tolerância<sup>407</sup>.

Quanto à ciência dogmática do direito que aqui se propõe, esta não se vincula àquela que fora proposta por Kelsen<sup>408</sup>, uma vez que esta proposta apresenta conceitos hoje incompatíveis com a complexidade do direito atual e das relações sociais a que este se destina regular, bem como é desprovida de conceitos adequados às necessidades desse momento da história.

A ciência dogmática do direito aqui proposta diferencia texto de ato de decisão judicial. Não apresenta aspirações de pureza metodológica ou de neutralidade do ato de decisão judicial. Confere menor relevância ao papel desempenhado pelo legislativo, jurisdiciza a política<sup>409</sup>, e subordina-se aos humores da economia. Que fique claro, não se confunda a ciência dogmática do direito tal como aqui definida com uma concepção positivista do direito superada que o vincule à lei tal como estabelecido outrora pela Escola de Exegese (*le juge est la bouche de la loi*).

Registre-se que, de acordo com Kelsen, não há silogismo lógico na relação entre norma legal e decisão judicial, vez que a “função criadora de Direito dos tribunais [...] existe em todas as circunstâncias”<sup>410</sup>. Como se percebe, é o próprio Kelsen que consigna de forma clara a função criadora de direito por parte dos tribunais em todas as circunstâncias, afastando qualquer interpretação equivocada que se faça a partir de sua lição e que se volte a correlacionar esta, de maneira equivocada, a um silogismo lógico entre texto de lei e ato de decisão judicial. “Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa [...] que ela é

---

<sup>406</sup> Não há qualquer incompatibilidade em sustentar o dito na nota de rodapé nº 253 acerca da democracia capitalista e a adoção da democracia de direito como corolário específico de uma das três linhas estratégicas de um esboço do ato de decisão judicial ciente do mal-estar da pós-modernidade. Isto porque a crítica desenvolvida na mencionada nota dirige-se a uma espécie de democracia, a de viés capitalista. Ademais, a democracia de direito tomada como corolário não deixa de conservar o seu caráter de tipo ideal.

<sup>407</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 318-321.

<sup>408</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 390-392.

<sup>409</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 319.

<sup>410</sup> KELSEN, *Op. cit.*, 1998, p. 391.

a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”<sup>411</sup>.

Segundo o professor austríaco, a operação silogística que existe é a que se dá entre a Constituição e a norma fundamental pressuposta, em que aquela deve se subsumir a esta, para que, desta forma, se possa obter como conclusão a validade do ordenamento jurídico<sup>412</sup>. Essa é uma questão inteiramente diferente de se atribuir ao positivismo, tomado no seu sentido amplo<sup>413</sup>, a ideia de que o ato de decisão judicial decorre silogisticamente do texto da lei. Positivismo não significa necessariamente Escola de Exegese<sup>414</sup>. Como se nota, o raciocínio silogístico, dedutivo e lógico defendido por Kelsen é o que se dá relativamente aos pressupostos gnosiológicos da pirâmide dogmática. Raciocínio que toma como pressupostos a norma fundamental como a premissa maior, a circunstância de existir um texto constitucional efetivamente aplicado por meio do ato de decisão judicial como premissa menor e a validade da ordem jurídica como conclusão.

Como segundo corolário, decorrente da segunda linha estratégica, compreende-se aqui que o positivismo, além de se fundar na diferença entre texto de lei e ato de decisão judicial, e de não ter aspirações de pureza metodológica ou de neutralidade do ato de decisão judicial, deve também ser entendido no cenário de uma postura retórica sobre o direito<sup>415</sup>. Uma postura que se afasta de uma linha objetológica do ato de decisão judicial e que aspira um convencimento casuístico, submetido às regras procedimentais circunstanciais e a argumentos episódicos, os quais acabam por conformar o ato de decisão judicial, considerado em seu aspecto concreto, às estratégias hermenêutico-ideológicas de índole autopoiética. Essas estratégias são conduzidas por ideologias e disfarçadas por meio de um aparato metodológico de face hermenêutica. A hermenêutica é o manto racional-dogmático que encobre as ideologias coordenadoras. A postura retórica é aqui entendida em sentido próximo ao que é defendido por João Maurício Adeodato, ou seja, no sentido pirrônico que é sustentado por Sexto Empírico<sup>416</sup>.

<sup>411</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 391.

<sup>412</sup> *Ibidem*, p. 221-227.

<sup>413</sup> A expressão positivismo jurídico pode ser compreendida ou como todo direito posto, ainda que não seja pelo Estado (positivismo em geral), ou como todo direito posto pelo Estado (Kelsen, Del Vecchio), ou, ainda, como todo direito posto pelo Estado e previsto em lei (Escola de Exegese), *cf.* ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 321.

<sup>414</sup> Sobre as Escolas Dogmáticas, em especial as escolas de Exegese, a Pandectista, a da Jurisprudência dos Conceitos, a de Viena, da Jurisprudência dos Interesses, dentre outras, *cf.* ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p.255-256.

<sup>415</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 320.

<sup>416</sup> *Ibidem*, p. 345-374.

Portanto, a compreensão do ato de decisão judicial aqui adotada é a de ato compreendido sob um prisma retórico de base ontológica, mas que se encontra vinculado a uma ideologia. O prisma retórico esvazia qualquer discurso que vincule o ato de decisão judicial à busca da verdade. A base ontológica revela o universo dentro do qual o ato de decisão judicial encontra-se imerso, o universo linguístico. O vínculo ideológico, por sua vez, denuncia tanto a impossibilidade de um ato de decisão judicial imparcial quanto o papel determinante desempenhado pela ideologia dentro da ciência dogmática e, por consequência, na confecção do ato de decisão judicial<sup>417</sup>.

Como adverte Rui Portanova, “também na idéia de justiça não há neutralidade”<sup>418</sup>. A “idéia de justiça é ideológica, pois traduz os interesses dos grupos detentores do poder e é utilizada para manutenção dessa relação de poder”<sup>419</sup>. Desta forma, o vínculo ideológico do ato de decisão judicial já revela que a justiça não seja o seu fim. A justiça é apenas valor, que, na pós-modernidade, se fluidifica e se subordina ao imperativo tecnológico do desempenho<sup>420</sup>. Valor que é conduzido pela ideologia vencedora em um dado momento histórico. Valor que se subordina à ideologia neoliberal capitalista, hoje difundida por uma ética do consumo<sup>421</sup>.

Desenhados esses dois primeiros corolários que resultam das linhas estratégicas que organizam o esboço do ato de decisão judicial que aqui se pretende sustentar, torna-se possível vislumbrar, então, um quadro de acontecimentos que cercam o ato de decisão judicial. O primeiro deles é a observação de que o texto de lei não se confunde com a norma<sup>422</sup>. Disso decorre que a norma resulta do ato de decisão judicial, enquanto ato de interpretação e aplicação. O que, por sua vez, implica que o ato de decisão judicial é limitado pelo grau de consenso casuisticamente construído por meio do procedimento judicial compreendido de forma cênica<sup>423</sup>.

<sup>417</sup> VIEHWEG, Theodor. *Ideología y dogmática jurídica*. In: PUCCIARELLI, Eugenio (Org.). **Escritos de Filosofía – Ideología**. v. 2, año 1. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciências, julio/diciembre, 1978, p. 100.

<sup>418</sup> PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 64.

<sup>419</sup> AGUIAR, Roberto Armando Ramos. **Direito, poder e opressão**. 2.ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984, p. 59.

<sup>420</sup> LYOTARD, Jean-François. **A Condição-Pós Moderna**. Tradução: Wilmar do Valle Barbosa. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2006, p. 92.

<sup>421</sup> BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007, p. 199-210.

<sup>422</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 111-112. Em sentido semelhante, HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 63-68.

<sup>423</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Organização e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução: Adriana Beckam Meireles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 97-98.

O procedimento, por seu turno, institucionaliza o ato de decisão judicial<sup>424</sup>. Mas as instituições e as normas que decorrem do ato de decisão judicial são avaliadas a partir de valores. Valores que despertam crença<sup>425</sup> e que são selecionados por uma ideologia<sup>426</sup>, de sorte a produzir convencimento<sup>427</sup>. Ideologia que é imposta por meio de um ato de violência processual, o ato de decisão.

Essa violência é determinada por um poder. Um poder de índole autopoietica, de caráter comunicativo<sup>428</sup>, e que não se confunde com a figura do Estado, nem decorre exclusivamente deste. Um poder que faz do ato de decisão judicial uma violência razoável, como assevera Tercio Sampaio Ferraz Jr.<sup>429</sup>.

É a partir de tais premissas que se torna possível desenhar o terceiro corolário, da terceira linha estratégica, a democracia de direito, e como esta se relaciona com o ato de decisão judicial. Como já destacado, a democracia surge aqui como decorrência de uma ética da tolerância. Busca-se a “institucionalização do ideal de tolerância ética, como contexto político-jurídico no qual se processam e se procedimentalizam os argumentos que constituem essa retórica dogmática”<sup>430</sup>. Ao ato de decisão judicial fundado no quadro de acontecimentos acima delineado, interessa o palco da democracia, à medida que esta confere, por meio do procedimento, a legitimidade que aquele obstina alcançar. Portanto, o ato de decisão judicial é brotado de “um direito plástico, cuja ductilidade se acomode às sinuosidades do fluxo social”<sup>431</sup>.

Todavia, não se pode olvidar que a democracia deve ser aqui entendida enquanto tipo ideal<sup>432</sup>, no sentido definido por Weber. A democracia, nesse sentido, deve ser defendida não porque proporcione uma maior tolerância entre os participantes do processo, mas porque é útil para provocar a crença de que a decisão judicial que dele deriva é legítima, vez que

<sup>424</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 77-92.

<sup>425</sup> BOURDIEU, Pierre. **A produção da crença: contribuição para uma economia dos bens simbólicos**. 3. ed. Tradução: Guilherme João de Freitas Teixeira. Porto Alegre: Zouck, 2006, p. 17-57.

<sup>426</sup> O “valor submerge suas raízes em concepções do mundo, dependentes do oposto do homem na sociedade. E tais concepções nunca provêm sem um substrato de ideologia”, cf. VILANOVA, Lourival. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. Volume I. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p. 359-360.

<sup>427</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 103-104

<sup>428</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade e a Justiça**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 35-70.

<sup>429</sup> *Ibidem*, p. 71-73.

<sup>430</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 321.

<sup>431</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: RT, 2000, p. 364.

<sup>432</sup> “Uma ficção, uma estratégia retórica de controle social que se tem mostrado funcional e eficiente em diferentes contextos sociais”. Cf. ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 211-212.

viabiliza uma aparência de participação argumentativa<sup>433</sup> de todos os envolvidos na formação do convencimento do magistrado. Em suma, a democracia como mecanismo do poder a serviço da dominação<sup>434</sup>. Disto parece ter desconfiado Calmon de Passos<sup>435</sup>.

Estabelecidas as linhas estratégicas e delimitados os corolários delas decorrentes, torna-se mais fácil a confecção do esboço do ato de decisão judicial a ser construído. Esboço atrelado ao paradigma da pós-modernidade e atento às críticas dirigidas ao modelo elaborado pela modernidade. Esboço que busca “apanhar a vida em toda a sua concrecência, a vida como tumulto de aspirações, de fins, de interesses, entrechocando-se, compondo-se aqui, desfazendo-se ali, recompondo-se depois”<sup>436</sup>.

Um esboço que, desta forma, consiste em um ato de decisão judicial que se aproveita de uma ciência dogmática do direito remodelada, que se apresenta com uma postura retórica e que se utiliza de uma ética tolerante. Um esboço sempre casuístico, em metamorfose, procedimental, argumentativo, linguístico, desconstruível, ideológico, complexo, heterogêneo, violento e relacionado ao poder. Esboço ciente de que o caso, “em sua inteireza, não se repete, nunca em todos os seus detalhes, alguns banais, outros humanos, demasiados humanos para serem desprezíveis socialmente”<sup>437</sup>.

Esse esboço de ato decisão judicial permeado pelas três linhas estratégicas reclama uma abordagem positivista à medida que esta, ao contrário de uma concepção jusnaturalista, guarda compatibilidade com aquele. Mas não se invoca aqui um positivismo tradicional, demasiadamente vinculado à figura do Estado ou da lei. Antes se procura delimitar uma concepção positivista-retórica que viabilize a melhor definição desse esboço de ato de decisão judicial.

### 2.3.1 O ato de decisão judicial e uma concepção positivista-retórica

Um esboço de ato de decisão judicial sintonizado com os problemas que cercam a pós-modernidade demanda uma melhor demarcação da concepção de positivismo aqui adotada. Uma concepção de feitiço retórico. Uma compreensão atenta às contribuições de João

<sup>433</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III**. O Direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 107-120.

<sup>434</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade** – Fundamentos da sociologia compreensiva. v. II. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília-DF: Editora Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999b, p. 187-192 e 194-196.

<sup>435</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, *passim*.

<sup>436</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: RT, 2000, p. 361.

<sup>437</sup> *Ibidem, loc. cit.*

Maurício Adeodato<sup>438</sup>. Uma conceituação de caráter retórico analítico, mas não divorciada por completo de uma ontologia linguística. Tanto mais bem traçada fique tal concepção, mais preciso será o esboço do ato de decisão judicial que aqui se deseja oferecer.

Quando se utiliza aqui a expressão *direito positivo*, esta deve ser compreendida como direito dogmático, sendo este também o entendimento do referido professor pernambucano. Isso se deve ao fato de que o vocábulo *positividade* e suas deduções “têm levado a equívocos na literatura jurídica, sendo empregado em sentidos diversos, tais como os de vigência, validade, eficácia, efetividade”<sup>439440</sup>. Por isso, compreende-se aqui direito dogmático como uma das formas que o direito positivo pode se apresentar, ao passo que, por direito positivo, entende-se todo o direito posto, pelo Estado ou não, atual ou histórico<sup>441</sup>.

Desta forma, torna-se possível inferir que, por ato de decisão judicial, estende-se o ato do magistrado inserido no contexto do direito dogmático, vez que este constitui uma das formas que o direito positivo pode assumir. Esse direito positivo, enquanto direito dogmático e considerado em seu plano epistemológico, é útil ao ato de decisão judicial à medida que o organiza e delimita-lhe a extensão.

Diante disso, torna-se importante, para a confecção do esboço do ato de decisão judicial, definir, com uma maior riqueza de detalhes, os elementos que compõem o direito positivo, tomado em sua concepção retórica. A importância de saber quais são esses elementos é a de, a partir deles, já poder se vislumbrar, com maior proximidade, o esboço do ato de decisão judicial que se pretende delimitar.

O primeiro desses elementos é a circunstância de que uma concepção positivista-retórica do direito toma obrigatoriamente por espeque textos predeterminados, em conformidade com uma variedade de critérios de competência estabelecidos pelo próprio sistema jurídico. É a partir de tais textos que se elaborará o ato de decisão judicial.

O segundo é o de que uma concepção positivista-retórica do direito estabelece circunstancialmente o significado e alcance de seus termos, combatendo-lhes a ambiguidade e a vagueza<sup>442</sup>. O estabelecimento desse significado e desse alcance não é apenas determinado

<sup>438</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 324-325.

<sup>439</sup> *Ibidem*, p.206.

<sup>440</sup> Acerca da distinção entre eficácia, pertinência e validade, consultar NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 49-52.

<sup>441</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p.206.

<sup>442</sup> Em atenção à lição de Robert Alexy, ambiguidade é a expressão que apresenta vários conteúdos semânticos, ao passo que, por vagueza, compreende-se a dificuldade de assimilar dois ou mais vocábulos distintos que aparentam apresentar o mesmo significado. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica – A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira: Cláudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005, p. 187-188.

de forma semântica ou sintática, mas também pragmática. O que revela, uma vez mais, a importância do ato de decisão judicial, vez que este também contribui para delimitação dos textos utilizados. Sendo certo que o texto interfere no ato de decisão judicial, também é certo que este influencia aquele.

O terceiro elemento dessa concepção positivista-retórica do direito é a circunstância de se construir uma argumentação a partir das referidas determinações de sentido e alcance dos textos. Uma argumentação encadeada que tem por escopo o convencimento de todos os envolvidos no processo. Argumentos tanto escorados em silogismos quanto amparados em exemplos<sup>443</sup>. Nesse sentido, então, o ato de decisão judicial é uma construção argumentativa.

O quarto elemento, por sua vez, é a sugestão de uma decisão para cada conflito processual. Uma decisão voltada à persuasão dos que a ela estão submetidos. Uma decisão que, portanto, deve ter a capacidade de despertar a crença dos envolvidos, interpretar e se aproveitar dos discursos por eles produzidos durante o processo e inventar um julgamento ideologicamente verossímil<sup>444</sup>.

O quinto e último elemento, por seu turno, de uma concepção positivista-retórica do direito é o propósito de fundamentar e obter legitimidade para o ato de decisão judicial assim construído.

Com tais elementos desenha-se o plano epistemológico dessa concepção positivista-retórica do direito aqui proposta. Esse plano é o primeiro de tal concepção, e pode ser chamado de retórica real ou material. Uma retórica que percebe o ato de decisão judicial como ato edificado a partir da linguagem, dos meios de significações, do contexto no qual está inserido o magistrado. O ato de decisão judicial em conformidade com a retórica material é *ato linguístico*, de descrição compreensível<sup>445</sup> dos eventos<sup>446</sup>, consciente da condição humana de significar por intermédio do discurso. Ato, portanto, inserido na única realidade do ser humano, a linguagem.

---

<sup>443</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. XIV-XXI.

<sup>444</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 107-120.

<sup>445</sup> Ao contrário da descrição, a experiência do evento real é incompreensível e intransmissível por meio da linguagem. Logo, não é objeto do ato de decisão judicial.

<sup>446</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 253.

O segundo plano dessa concepção positivista-retórica é o plano metalinguístico<sup>447</sup>, o plano da dogmática jurídica propriamente dita. Plano que, conforme já foi destacado, é apenas uma das percepções do direito positivo, com ele não se confundindo. Esse plano consiste no conjunto de conhecimentos, de diversas ordens, que viabilizam a compreensão e a utilização dos elementos descritos no primeiro plano, e que, por consequência, também objetiva analisar o ato de decisão judicial. Trata-se, portanto, do plano que define as regras do jogo, regras que orientam o ato de decisão judicial.

Confere-se, aqui, a esse plano a denominação de *retórica prática* ou *retórica estratégica*. Tal plano ensina como se deve proceder com o ato de decisão judicial diante da retórica material, vez que contém as técnicas e experiências eficientes para agir com o ato de decisão judicial. Tal plano, portanto, constitui a estratégia do ato de decisão judicial, à medida que compreende os discursos desenvolvidos ao longo do processo, aproveita-se dos argumentos neste expendidos, persuade os envolvidos acerca da verossimilhança da decisão, e compreende o ato de decisão como uma construção argumentativa, oratória, hermenêutica, heurística e pedagógica<sup>448</sup>.

O terceiro e último plano dessa concepção positivista-retórica do direito e do ato de decisão judicial é o plano metodológico. Este plano volta a descrever as relações entre os dois níveis anteriores e com eles se entrelaça. Analisa o ato de decisão judicial a partir das abordagens e estratégias argumentativas utilizadas pelos dois outros níveis, de sorte a compreender como são construídas e como funcionam tais estratégias. Em suma, esse plano observa e descreve o ato de decisão judicial em sua feição retórico-analítica<sup>449</sup>.

Diante da concepção positivista-retórica aqui desenhada, resta melhor enquadrado o ato de decisão judicial. Contudo, não se deve concluir que o ato de decisão judicial é um ato previsível, holístico, muito menos construído sobre certezas, apesar dos planos que foram delimitados. Tais planos não visam um ato de decisão judicial que retome uma busca pela verdade e que aspire uma nova racionalidade sistêmica.

O ato de decisão judicial que aqui se pretende apresentar é ato sempre casuístico, heterogêneo, diferenciado, complexo e desconstruível. E que, por isso, se aproveita da retórica, se utiliza de argumentos, se vincula ao caso e às suas *aporias*. Um ato que resulta de um procedimento, que tem caráter mutável, que se adapta às circunstâncias da cena

---

<sup>447</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 325.

<sup>448</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.XIV-XXII.

<sup>449</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2006, p. 300 e 325.

processual, que é controlado pelo poder, selecionado por uma ideologia. Um ato que se volta ao convencimento, mas que não perde a sua índole violenta. Por conseguinte, um ato comprometido com os problemas da contemporaneidade.

### 3 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL: ENTRE A OBJETOLOGIA E A RETÓRICA

Primeiramente, nada existe; em segundo lugar, mesmo que exista alguma coisa, o homem não a pode apreender; em terceiro lugar, mesmo que ela possa ser apreendida, não pode ser formulada nem explicada aos outros. (Trecho atribuído a GÓRGIAS, citado por REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.6).

O homem é por natureza irracional. (Trecho atribuído a HERÁCLITO, citado por SOUZA, José Cavalvante de. **Os Pré-socráticos: fragmentos, doxografia e comentários**. Coleção: Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 86).

SUMÁRIO: 3.1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E OS PROBLEMAS DE UMA OBJETOLOGIA JURÍDICA. 3.2 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E UMA POSTURA RETÓRICA JURÍDICA. 3.3 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL ENTRE A CIÊNCIA, A OBJETOLOGIA E A RETÓRICA JURÍDICA. 3.4 O ATO DE DECISÃO COMO UMA FUNÇÃO VITAL. **3.4.1 O ato de decisão judicial como ato de linguagem. 3.4.2 O ato de decisão judicial como discurso. 3.4.3 O ato de decisão judicial de acordo com a física. 3.4.4 O ato de decisão judicial e os objetivos do processo.**

Contextualizado o ato de decisão judicial no cenário da pós-modernidade, surge a indagação acerca de qual é o seu limite. Quando se pergunta pelo limite do ato de decisão judicial, em realidade, o que se busca indagar é: o que se pode esperar do ato de decisão judicial? Essa é a indagação que constitui o problema motivador da elaboração do presente capítulo.

Vê-se tal indagação, em princípio, entre duas possibilidades antagônicas, quais sejam, uma concepção objetológica<sup>450</sup> e uma vertente retórica. Tais concepções foram apresentadas na introdução, delimitadas no primeiro capítulo e serão explicadas neste terceiro passo do trabalho mais detalhadamente.

Diante desse dilema – dilema entre pontos extremos de um extenso segmento de reta, entre pontos que aparentam não ter nada incomum – é que surge a hipótese que orienta este capítulo. Hipótese que brota de uma intuição. A intuição de que é possível imaginar um ponto equidistante entre essas extremidades que se preste a conduzir o ato de decisão judicial. Mas qual seria este ponto? Esta é uma das indagações a que este capítulo pretende oferecer

<sup>450</sup> “A ontologia não deve ser necessariamente identificada com uma *objetologia estática*, uma teoria de objetos prontos e acabados, ensimesmados e indiferentes à relação cognoscitiva”, cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 249.

um esboço de resposta possível. Uma resposta jamais conclusiva. Uma resposta sempre casuística e especulativa.

Com o propósito de perseguir a hipótese apresentada, é preciso traçar uma estrada, sempre sugestiva e que não se preste a oferecer respostas prontas, mas a refletir sobre as diversas possibilidades de resposta, visto que toda resposta remete a outra pergunta. Afinal, na existência linguística e retórica do ser humano, não há nada mais que perguntas.

A estrada a ser traçada tem como ponto de partida a questão que envolve o ato de decisão judicial e os problemas de uma objetologia<sup>451</sup> jurídica, os quais demandam tanto uma distinção melhor delimitada entre objetologia e ontologia quanto ensejam uma nova questão, alusiva ao ato de decisão judicial e a uma postura retórica. A apresentação de tais questões acaba por suscitar outra. A que convida a refletir sobre o ato de decisão judicial que agora se vê entre a ciência, a objetologia e a retórica.

Ao fazer esclarecimentos especulativos, uma outra indagação aparece: seria o ato de decisão judicial, em si mesmo, uma função vital do ser humano magistrado? Eis uma boa pergunta, que já parece demandar, em um primeiro momento, que o ato de decisão judicial seja considerado como ato de linguagem. Não apenas como ato de linguagem, mas também como parte de um discurso. Um discurso processual, logo, um discurso comprometido com o tempo.

É neste momento, então, que se percebe a frutífera contribuição que a física, enquanto estudiosa do tempo, pode proporcionar ao ato de decisão judicial. Não a física de Newton, mas a de Ilya Prigogine<sup>452</sup>. Física que, aliada ao tempo e ciente do universo humano linguístico, permite a reflexão de forma mais cética acerca do ato de decisão judicial e do seu limite. E é em consonância com este limite que se poderá, então, enfrentar a questão do ato de decisão judicial e os objetivos do processo.

Diante disso, restaria ainda uma questão a ser esclarecida: qual a relação entre este capítulo e o propósito desta pesquisa considerada em sua integralidade? Para responder este questionamento, basta voltar à introdução do trabalho, quando já havia se consignado que o ato de decisão judicial será analisado entre a Objetologia, a Retórica e a Ontologia, e já se

---

<sup>451</sup> A objetologia é a concepção da linguagem e a vertente da filosofia que toma como premissa a existência de objetos prontos, universais, estáticos e indiferentes à relação cognoscitiva. À medida que os objetos são estáticos, universais e indiferentes a uma relação cognoscitiva entre sujeito e objeto cognoscentes, o problema do conhecimento transforma-se no problema pela busca da verdade. Uma verdade pura, essencial, universal e estática. Uma verdade que, uma vez revelada, iluminaria o ser humano e todo o mundo da natureza que o cerca. Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 566-588.

<sup>452</sup> PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas. Tempo, caos e leis da natureza**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 1996, *passim*.

perceberá a relevância de tal capítulo para compreensão do objetivo final desta jornada. Sendo necessário perseguir a hipótese que orienta o ato de decisão judicial entre a objetologia, a retórica e a ontologia, é imprescindível a análise imediata da relação entre o ato de decisão judicial e os problemas de uma objetologia.

### 3.1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E OS PROBLEMAS DE UMA OBJETOLOGIA JURÍDICA

Indagar acerca dos problemas que cercam uma objetologia é de grande importância quando se sabe que tais problemas tornam-se também os que marcam o ato de decisão judicial, concebido a partir da perspectiva objetológica. Portanto, antes que se adote, ou não, uma concepção objetológica quanto ao ato de decisão judicial, é imprescindível ter consciência dos próprios problemas a ela referentes. A escolha só é possível quando se a conhece.

Saber quais são os problemas de uma concepção objetológica do ato de decisão judicial não significa conhecer todos os problemas, mas alguns dos possíveis. Por conseguinte, a apresentação a ser feita de alguns desses problemas será sempre uma abordagem seletiva, dragada pela incompletude, própria da *falta*<sup>453</sup> que habita o ser humano.

O primeiro problema de uma concepção objetológico-jurídica do ato de decisão judicial é reclamar uma investigação acerca da possibilidade de que um fenômeno social específico corresponda à expressão “ato de decisão judicial”<sup>454</sup>. Se há um vocábulo a ser utilizado para se referir ao ato de decisão judicial, isto ocorre, em tese, devido à possibilidade de delimitação, sob uma perspectiva objetológica, de um evento real determinado, a que o ato de decisão judicial representa.

Deve haver, assim, uma identificação analítica, exata, entre vernáculo e evento. Uma correspondência tanto mais possível, em tese, no que toca ao ato de decisão judicial, quando se considera que este decorre de uma linguagem técnica, que se volta a delimitar com maior rigor os signos que emprega. Uma linguagem que, teoricamente, se dirige ao combate das ambiguidades, polissemias, dubiedades e vaguezas.

É preciso, ainda no contexto desse problema, apreciar a possibilidade de haver uma divisão rigorosa entre este fenômeno, o ato de decisão judicial, e outros fenômenos a ele

<sup>453</sup> LACAN, Jacques. **O seminário, livro 4: a relação de objeto**. Tradução: Dulce Duque Estrada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1995, p. 24-39.

<sup>454</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 245.

assimilados, alusivos a outras searas do conhecimento. É dizer que é possível, a partir de um ângulo objetológico, recortar do ato humano do magistrado a parcela jurídica que se denomina como ato de decisão judicial, cindindo-a de forma cirúrgica de outras parcelas que integram aquele, a exemplo da econômica. Um corte tipicamente moderno, racional, platônico e metafísico.

A partir deste primeiro problema e de seu desdobramento, afirmar que o ato de decisão judicial tem feição objetológica não pode ser apenas uma questão de discurso ou de crença, mas antes uma questão de demonstração. É preciso demonstrar ter a capacidade de superar este primeiro problema. Tarefa dificilmente superável, sobretudo porque se atenta para as considerações já desenvolvidas no primeiro capítulo acerca do abismo gnosiológico.

Um segundo problema que já se avizinha, uma vez que se consiga superar o primeiro, é o que examina a possibilidade de um ato de decisão judicial considerado enquanto fenômeno permanente<sup>455</sup>. A despeito das interferências espaciais e de tempo, esse fenômeno preserva características comuns e generalizadas, as quais se conservam sempre presentes.

Esse segundo problema demanda que se enfrente a possibilidade de existir um ato de decisão judicial atemporal e universal, que se conserve imodificavelmente essencial a despeito de quem seja o juiz, de qual seja o processo, em suma, de qual seja o caso julgado. É de se indagar: o ato de decisão judicial apresenta uma essência imodificável? Já se percebem as dificuldades impostas por uma análise objetológica do ato de decisão judicial. Dificuldades que se sobressaem na era pós-moderna e que reclamam uma mudança de perspectiva ao analisar o ato de decisão judicial.

O terceiro problema que cerca uma concepção objetológica do ato de decisão judicial, e que pressupõe a superação do primeiro já suscitado, é observar se os caracteres atemporais e universais do ato de decisão judicial podem ser apreendidos pelo sujeito cognoscente<sup>456</sup>, o magistrado, considerando uma abordagem objetológica. Em outras palavras, investiga-se se o magistrado tem a capacidade de capturar a essência do objeto cognoscível, o ato de decisão judicial. É preciso verificar, então, que a relação cognitiva que envolve o ato de decisão judicial é uma relação predominantemente objetiva.

A possibilidade de apreender o objeto cognitivo cria as condições para que se construa uma decisão jurídica verdadeira, uma decisão judicial cientificamente correta. Desta forma, para que o sujeito alcance a essência do objeto, é preciso desenvolver a construção de

---

<sup>455</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 245.

<sup>456</sup> *Ibidem, loc. cit.*

uma técnica precisa, de um método racional, capaz de apontar o caminho que leva à decisão judicial verdadeira.

Mas, a partir da perspectiva de que esse sujeito pode ser um ser humano carente, tal como explicado no capítulo primeiro, percebe-se que este terceiro problema, relativo a uma concepção objetológica do ato de decisão judicial, é também de difícil transposição. Esta dificuldade agrava-se ainda mais quando se constata que tal percepção do ato de decisão judicial despreza ou ignora a possibilidade de uma relação cognitivo-dialética, em forma de espiral, entre o sujeito (magistrado) e o objeto (o ato de decisão judicial) cognitivo.

A quarta *aporia* questiona a natureza dos caracteres objetológicos do ato de decisão judicial. Surge o problema de identificar se tais caracteres têm natureza de forma ou de matéria<sup>457</sup>. É necessário saber, então, se os caracteres objetológicos do ato de decisão judicial têm o aspecto, por exemplo, da coercitividade (forma), ou se possuem determinado conteúdo ético previamente delimitado (matéria).

Definir qual a natureza dos caracteres objetológicos do ato de decisão judicial é tarefa de primeira ordem, vez que tal definição permitirá asseverar se o ato adotado pelo juiz no processo, tomado como fenômeno, é ou não ato de decisão judicial. Por conseguinte, tal problema objetológico suscita à reflexão de se saber se o *traço*<sup>458</sup> que singulariza o ato de decisão judicial é de feição essencial ou de caráter formal.

Aqui, uma vez mais, constatam-se os estorvos que cercam uma análise objetológica do ato de decisão judicial, em especial, o que põe em destaque uma compreensão da linguagem enquanto convenção humana. É dizer, seja essência, seja forma, o ato de decisão judicial é, antes, convenção. Convenção de um ser humano carente. Convenção casuística, precária, histórica e imperfeita.

Em uma *aporia* já sucedânea, importa agora estabelecer qual o critério<sup>459</sup> apto a definir o ato de decisão judicial, e, desta forma, separá-lo dos demais atos praticados pelo ser humano, o magistrado. O que se quer saber, neste momento, não é se há a possibilidade de distinguir o ato de decisão judicial de outros atos realizados pelo mesmo magistrado, mas qual o critério que viabilizaria esta separação.

É patente que nem todo ato do magistrado é judicial, assim como nem todo ato do juiz no processo é de decisão. Qual seria, então, o critério que precisaria este ato? Este critério

<sup>457</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 245.

<sup>458</sup> Sobre a noção desconstrutivista atinente à questão do traço, consulte-se DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Tradução: Miriam Chnaidermann e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 245-263.

<sup>459</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 245.

é eleito ou descoberto? Sendo descoberto, tomado como verdade revelada ao ser humano, o que lhe possibilitaria tal revelação? E o processo judicial, destinado a ter, em tese, breve duração, seria espaço e momento que permitiriam ao juiz obter a revelação de tal critério?

Todas essas indagações já denunciam os obstáculos de uma abordagem objetológica do ato de decisão judicial. Mas não apenas isto. Tais indagações insinuam também que o critério que venha identificar o ato de decisão judicial é, assim como a linguagem, um critério convencional. Portanto, um critério eivado por valores e sujeito às interferências de alguma ideologia. Todo critério é uma intervenção axiológica em um problema gnosiológico. Sendo assim, um critério que venha delimitar o ato de decisão judicial é, antes de mais nada, um critério mergulhado em um abismo axiológico. Abismo acerca do qual foram tecidas as devidas considerações nos capítulos anteriores.

Não bastasse tal problema, dele decorre outro por derivação. Um problema que já convida que se indague em torno de qual é o outro critério<sup>460</sup>, o critério que determina se o ato de decisão judicial adotado pelo magistrado foi o certo ou o errado. O critério que estabelece se o ato de decisão judicial é lícito ou ilícito, legítimo ou ilegítimo. Um critério do critério, um metacritério. Critério este que remete, mais uma vez, ao questionamento de quem ou o que o estabelece. O Estado? O pacto político constitucional? Ou seria a “razão”?

Indagar-se sobre um metacritério do ato de decisão judicial é indagar-se, em última análise, sobre o critério que confere legitimidade a tal ato. E, segundo ponderado no capítulo segundo, tal indagação é apreciada de diferentes formas, pela modernidade ou pela pós-modernidade. Enquanto a primeira vincula a legitimidade à legalidade, a segunda se dá conta da crise que enfrenta. Seja como for, mais uma vez, tornam-se perceptíveis as barreiras que caracterizam a trajetória de uma análise objetológica do ato de decisão judicial.

Portanto, compreender o ato de decisão judicial a partir de sua perspectiva objetológica não é tarefa das mais fáceis. Não se quer com isso insinuar que uma tarefa difícil deva ser abandonada, como se aqui se estivesse a sugerir que tarefa difícil é tarefa impossível. Mas também não se deve extrair de tais dificuldades a conclusão de que o ato de decisão judicial é aquilo que sempre foi, como quer certa tradição.

Tais problemas, por ora, já devem suscitar que não é possível pregar a capacidade de apreensão da verdade por parte do ato de decisão judicial sem que cada um dos problemas seja devidamente enfrentado, sem que seja demonstrada a possibilidade de resposta a cada um

---

<sup>460</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 246.

deles. De outra forma, uma concepção objetológica do ato de decisão judicial transforma-se, por mais contraditório que isto possa parecer, numa concepção retórica.

### 3.2 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E UMA POSTURA RETÓRICA

Uma perspectiva gnosiológica retórica do ato de decisão judicial é sempre uma perspectiva arredia a enunciados de carácter geral. Uma perspectiva que se recusa a oferecer qualquer assertiva sobre o conteúdo do ato de decisão judicial. Uma perspectiva descrente de uma essencialidade inerente ao ato de decisão judicial ou que esteja voltada à busca da verdade<sup>461</sup>. Portanto, segundo uma postura retórica, o ato de decisão judicial é ato que pode ser segmentado em quatro partes: invenção, disposição, elocução e ação<sup>462</sup>.

A invenção (*heurésis*) é a busca que empreende, o magistrado, de todos os argumentos e meios de persuasão relativos ao tema do ato de decisão judicial. Desta forma, o magistrado compreende o assunto a que o ato de decisão judicial se refere e reúne todos os argumentos que possam lhe ser úteis. Sendo certo que o magistrado reúne argumentos, é também certa a importância do papel desempenhado pelos *tópoi*<sup>463</sup> na etapa da invenção do ato de decisão judicial.

*Tópos* que pode ser compreendido como argumento-tipo (padrão de argumento), como um tipo de argumento (espécie de argumento), ou como uma questão típica apta a provocar todos os possíveis argumentos<sup>464</sup>. Seja como for, o ato de decisão judicial na etapa discursiva da invenção, quando se utiliza dos *tópoi* (lugar-comum), revela a ambivalência que lhe é inerente. Isto porque, ao mesmo tempo em que propicia a invenção, o *tópos* também a compromete<sup>465</sup>.

O que já se deseja acentuar quando se analisa a invenção do ato de decisão judicial é que este, compreendido retoricamente, é um género de discurso de feição pretérita, e que tem, como principal *tópos*, o entimema<sup>466</sup>. O ato de decisão judicial, tomado sob a perspectiva da invenção, torna-se um discurso retórico, lastreado no uso dos *tópoi*, baseado na

<sup>461</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 246.

<sup>462</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 43-44.

<sup>463</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Tradução: Kelly Alfen da Silva. Porto Alegre: Safe, 2008, p.21-32.

<sup>464</sup> REBOUL, *Op. cit.*, 2004, p. 50-54.

<sup>465</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>466</sup> Entimema é uma espécie de silogismo mencionada por Aristóteles, cf. ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007, p.125-128. Sobre o assunto, consultar o quarto capítulo.

reconstituição processual de um evento pretérito e organizado metodologicamente a partir de um silogismo entimemático.

A segunda parte de uma abordagem retórica do ato de decisão judicial é a relativa à disposição (*táxis*)<sup>467</sup>. Uma vez colecionados os argumentos que serão utilizados pelo ato de decisão judicial, é preciso organização sua disposição. Logo, a disposição do ato de decisão judicial é a ordenação interna dos argumentos que irá utilizar. Tal disposição não é rígida ou necessária, mas se ajusta às partes do processo ou ao caso objeto do ato de decisão judicial. Portanto, a disposição deve ser imaginada como um plano: a estratégia que será desenvolvida no ato de decisão judicial de sorte a melhor convencer aqueles a ele subordinados.

Tal estratégia subdivide-se em exórdio, narração, confirmação e peroração (e digressão)<sup>468</sup>. Esta estratégia justifica-se, quanto à composição do ato de decisão judicial, à medida que desempenha, simultaneamente, três funções, a econômica, a argumentativa e a heurística<sup>469</sup>. Econômica, pois permite, quando da confecção do ato de decisão judicial, nada omitir sem nada repetir. Argumentativa, pois estabelece a disposição dos argumentos quando da composição do ato de decisão judicial, de sorte a conduzir as partes (o auditório) às vias escolhidas pelo magistrado. Heurística, uma vez que se propicia ao juiz interrogar-se metodicamente quanto à estratégia argumentativa a ser desenvolvida no ato de decisão judicial.

Contudo, convém insistir na observação de que a disposição retórica do ato de decisão judicial não é plano estático imodificável. Como adverte Aristóteles, todo plano é provisório e só ganha feição definitiva quando da elocução do discurso retórico<sup>470</sup>. Mas, antes de adentrar na fase de elocução do ato de decisão judicial, é de todo necessário tecer algumas considerações acerca do exórdio, da narração, da confirmação e da peroração, e da relação que tais subdivisões da disposição mantêm com o ato de decisão judicial.

O exórdio (*prooimion*) é a parte que inicia o ato de decisão judicial e que tem por finalidade tornar as partes dóceis, atentas e benevolentes. Por dóceis, entenda-se em situação de compreender, sendo necessário, para isso, uma exposição clara e breve da questão que será objeto do ato de decisão judicial. Atentas, para despertar e conservar a atenção das partes no teor do ato de decisão judicial. Benevolentes, a fim de provocar a aceitação das partes do ato de decisão judicial confeccionado, a partir da credibilidade lhes suscitada pelo magistrado.

---

<sup>467</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 43-44.

<sup>468</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>469</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>470</sup> ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007, p. 29-32.

Pouco importando a estratégia que se utilize quanto à disposição do ato de decisão judicial compreendido sob uma perspectiva retórica, a finalidade do exórdio é, em suma, incitar a aceitação das partes<sup>471</sup>.

A narração (*diegesis*) é a exposição dos fatos alusivos à causa. Exposição aparentemente objetiva, mas sempre orientada de acordo com o convencimento do magistrado quando da elaboração do ato de decisão judicial. A narração é predominantemente dialética, e, para que esta seja eficaz, deve ser clara, breve e deve induzir confiança. A clareza – nunca absoluta – decorre dos termos empregados e da organização do texto do ato de decisão judicial. A brevidade, por sua vez, tem por escopo eliminar tudo que seja inútil ao convencimento quando da elaboração do ato de decisão judicial. E a confiança resulta tanto da enunciação das causas aparentes do fato, que será objeto do ato de decisão judicial, quanto da maneira de apresentar o fato, o que já é, em si, um argumento. Para obter a confiança das partes, o juiz pode, ainda, valer-se do uso de exemplos, da sensibilização das partes e da autoafirmação de sua autoridade, de forma sutil, fazendo menção, por exemplo, à sua formação profissional especializada<sup>472</sup>.

A confirmação (*pístis*) é a menção ao conjunto de provas, seguido pela refutação (*confutatio*) dos argumentos não acolhidos pelo magistrado quando da edição de seu ato de decisão. Ao construir a confirmação do discurso da decisão judicial, muitas vezes, o juiz utiliza-se do expediente da amplificação, na tentativa de ressaltar determinados argumentos e descartar outros. A confirmação não apenas se utiliza da dialética, como também objetiva despertar a indignação e a piedade das partes. O que importar perceber, desde já, é que a confirmação e a narração são duas tarefas que o magistrado deve cumprir ao elaborar o ato de decisão judicial, mas que nada o obriga a realizá-las de maneira sucessiva<sup>473</sup>.

Quanto à etapa da confirmação do ato de decisão judicial, importa, ainda, esclarecer a questão atinente à ordem dos argumentos. Deve-se, de início, expor os argumentos mais frágeis para, ao final, apresentar os mais fortes. Ou o contrário será melhor? A essa indagação, Cícero oferece uma resposta, distinta da oferecida por Perelman e por Olbrechts-Tyteca. O primeiro defende uma ordem homérica, que é iniciada pelos argumentos fortes, desenvolvida pelos mais frágeis e findada com outros argumentos fortes<sup>474</sup>. Perelman e Olbrechts-Tyteca, por seu turno, sustentam que a força do argumento é uma noção relativa,

<sup>471</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 55-56.

<sup>472</sup> *Ibidem*, p. 56-57.

<sup>473</sup> *Ibidem*, p. 57-58.

<sup>474</sup> CÍCERO, Marco Túlio. **Retórica a Herênio**. Tradução: Adriana Seabra e Ana Paula Celestino Faria. São Paulo: Hedra, 2005, p. 34-35.

pois o argumento é mais ou menos forte em relação aos que lhe precederam, não sendo possível, portanto, estabelecer uma ordem precisa quanto à força do argumento quando da confecção do ato de decisão judicial<sup>475</sup>. Olivier Reboul, no entanto, diverge de tais posicionamentos, e sustenta que não há pluralidade de argumentos quando da elaboração do ato de decisão judicial: o que há é apenas um único argumento capaz de justificar a decisão<sup>476</sup>.

A partir da exposição de tais vertentes, é possível pensar em uma ordem homérica dos argumentos do ato de decisão judicial no que toca à confirmação. Uma ordem organizada da seguinte forma: apresenta-se o único argumento, refutam-se os possíveis contra-argumentos, e, por fim, retoma-se o argumento original com uma nova forma.

A digressão (*parékbasis*) do ato de decisão judicial é o trecho móvel do discurso retórico. Pode ser colocado em qualquer momento do discurso, preferencialmente entre a confirmação e a peroração. A função fundamental da digressão para o ato de decisão judicial é, a um só tempo, distrair o auditório processual, apiedá-lo ou indigná-lo, ou servir de prova indireta para a decisão judicial quando se vale de uma evocação histórica de um passado longínquo<sup>477</sup>.

A peroração (*epílogos*) do ato de decisão judicial, por sua vez, vem ao final do discurso, pode ser longa, e utilizar-se, pelo menos, de três artifícios: a amplificação, que acentua os argumentos úteis à decisão que foi tomada pelo magistrado; a paixão, que desperta a piedade ou a indignação do auditório processual; e a recapitulação, que resume a argumentação desenvolvida ao longo do ato de decisão judicial, sem, no entanto, se constituir em novo argumento, pois, nesta hipótese, não passaria de mais um artifício, o que faria com o que o discurso carecesse de unidade. Em suma, a peroração é o momento, por excelência, em que a afetividade une-se à argumentação<sup>478</sup>.

A terceira parte do ato de decisão judicial, segundo uma postura retórica, é a elocução (*léxis*), a redação do discurso. Se a redação estiver realmente preocupada com seu poder de persuasão, não poderá se permitir incorreções ou preciosismos. A elocução do ato de decisão judicial não pode ser hermética como uma poesia nem desmazelada como uma prosa cotidiana. A elocução do ato de decisão judicial é o momento do discurso em que o juiz deve ter o cuidado de escolher bem as palavras, construir com cautela as frases, evitar arcaísmos e

<sup>475</sup> PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – A Nova Retórica**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 555-574.

<sup>476</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 58-59.

<sup>477</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>478</sup> *Ibidem*, p. 59-60.

neologismos, utilizar metáforas e outras figuras de linguagem, desde que estas sejam úteis ao convencimento, bem como desviar-se do emprego de frases métricas<sup>479</sup>.

Desta forma, percebe-se que a elocução do ato de decisão judicial encontra-se fundada em três pilares de estilo discursivo: o assunto, o auditório e o orador. Em outras palavras: o caso processual objeto da decisão judicial, as partes do processo e o juiz. Nesse sentido, o melhor estilo do ato de decisão judicial é aquele que lhe proporcione maior eficácia. E o ato de decisão judicial mais eficaz é aquele que melhor se adapte ao caso trazido ao processo. Tal adaptação exige, então, que se utilize, de acordo com a necessidade, de três gêneros de estilo: o nobre (*grave*), o simples (*tenue*) e o ameno (*medium*)<sup>480</sup>.

O nobre é utilizado para comover (*movere*) as partes, em especial, no que toca à peroração da disposição dos argumentos utilizados no ato de decisão judicial. O simples para informar e explicar (*docere*) o caso processual, sobretudo na confirmação e na narração. E o ameno para agradar (*delectare*) o auditório processual, sobretudo no exórdio e na digressão. Percebe-se, assim, que a primeira regra da elocução do ato de decisão judicial é a conveniência do magistrado. Conveniência sempre voltada ao aprimoramento da capacidade de persuasão do ato de decisão judicial<sup>481</sup>.

A segunda regra de estilo é a clareza: adaptação do estilo discursivo do ato de decisão judicial ao auditório processual. Adaptação que já revela a relatividade do conceito de clareza, vez que ser claro é se pôr ao alcance de seu auditório processual concreto. Mas a clareza não afasta a ambiguidade nem retira desta toda utilidade, vez que, muitas vezes, a ambiguidade é ferramenta útil para conjugar partes com interesses diversos, ou mesmo para propiciar ao magistrado a esquiva dos problemas mais tormentosos trazidos ao processo<sup>482</sup>.

A terceira e última regra de estilo do ato de decisão judicial é a regra da vivacidade. Regra que exige do magistrado mostrar-se em pessoa no seu discurso de decisão judicial. Tal regra reclama do juiz que, na escolha das palavras que irão compor a decisão judicial, dê preferência a palavras concretas, que guardem ritmo umas com as outras, e que cultive a virtude da brevidade. Um ato de decisão judicial que priorize a regra da vivacidade não tem apenas por finalidade fazer-se entender perante as partes, mas também levá-las ao

<sup>479</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 61-62.

<sup>480</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>481</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>482</sup> *Ibidem*, p. 63.

deleite. E tal deleite será tanto maior quanto maior for a autenticidade do ato de decisão judicial, vez que é aquela que propicia a este um aspecto marcante, cativante e agradável<sup>483</sup>.

A vivacidade também depende das figuras que venham a ser empregadas na elocução do ato de decisão judicial<sup>484</sup>. As figuras são os meios que a elocução do ato de decisão judicial possui para se exprimir de modo marcante, com encanto e com emoção. Figuras que, de acordo com a classificação de Cícero<sup>485</sup>, podem ser tanto de palavras, como o trocadilho e a metáfora<sup>486</sup>, quanto de pensamentos, a exemplo da ironia e da alegoria. Mas o ato de decisão judicial, compreendido segundo uma perspectiva retórica, não se reduz ao emprego das figuras, mas também delas não se desvincula.

O certo é que toda figura é um desvio de elocução do ato de decisão judicial, útil à persuasão do mesmo, assim como a metáfora, que é útil a encobrir o conflito real e a conferir poder de convencimento<sup>487</sup>. Toda decisão judicial, considerada como construção linguística carente convencional, é metafórica<sup>488</sup>.

A última fase de uma abordagem retórica do ato de decisão judicial é aquela relativa à ação (*hypócrisis*). A ação é o arremate retórico do ato de decisão judicial. É o momento em que o ato de decisão judicial é proferido enquanto discurso. É também tudo aquilo que viabiliza ao ato de decisão judicial chegar ao conhecimento do auditório processual concreto e da platéia formada pela sociedade. A ação, que possui, em grego, como significante o verbete *hypocrisis*<sup>489</sup>, é o ato de o magistrado exprimir por meio do seu ato de decisão a aparência de imparcialidade, sem poder revelar os valores, ideologicamente controlados, que orientam a sua decisão, posto que, do contrário, seu discurso restaria destruído. Como adverte Cícero, a ação “faz o orador parecer aquilo que quer parecer”<sup>490</sup>.

Em razão da feição “hipócrita” do ato de decisão judicial, é que o magistrado, quando da realização da ação discursiva propriamente dita, deve utilizar-se do trabalho da voz

<sup>483</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 63-64.

<sup>484</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>485</sup> CÍCERO, Marco Túlio. **Retórica a Herênio**. Tradução: Adriana Seabra e Ana Paula Celestino Faria. São Paulo: Hedra, 2005, p. 77-79.

<sup>486</sup> “A metáfora desvia-se do sentido próprio, substituindo o significado por outro que lhe é semelhante”, cf. REBOUL, *Op. Cit.*, 2004, p. 65. Percebe-se, uma vez mais, que a metáfora é uma figura de linguagem estruturada a partir do raciocínio analógico. O que, por sua vez, leva Arthur Kaufmann a concluir que toda interpretação é analógica, cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito, teoria do direito, dogmática jurídica*. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002b, p. 43-46.

<sup>487</sup> REBOUL, *Op. Cit.*, 2004, p. 65.

<sup>488</sup> ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007, p. 23-29.

<sup>489</sup> REBOUL, *Op. Cit.*, 2004, p. 67.

<sup>490</sup> CÍCERO, *Op. Cit.*, 2005, p. 142.

e da respiração, das mímicas do rosto e da gestualidade do corpo, em suma, de todos os artifícios de linguagem que tenham a capacidade de potencializar o ato de decisão judicial. O ato de decisão judicial não pode desprezar ferramentas, como a impositiva de voz ou a oscilação do tom empregado no seu proferimento. E, tendo em conta tal advertência, é que o ato de decisão judicial, ao ser verbalizado em público, deve sê-lo de forma lenta, de modo a conservar a atenção do auditório processual, de forma repetitiva, de maneira a construir uma memória discursiva casuística, e de forma precária, devendo valer-se ainda de orações curtas<sup>491</sup>.

Sendo assim, a retórica jurídica, ao compreender o ato de decisão judicial, procura separar seu objeto, a *prudentia* ou *fronesis*, de outras possíveis perspectivas. Perspectivas dentre as quais se destacam tanto a que se volta a analisar a relação intersubjetiva que caracteriza o ato de decisão judicial, *scientia* ou *epistema* (atitude científica), quanto a que se destina a apreciar a atitude filosófico-ontológica que o deve orientar, a *sapientia* ou *sofia*<sup>492</sup>. É dizer, a postura gnosiológico-retórica interessa-se apenas por uma perspectiva prudencial, uma perspectiva que já adverte para a circunstância de que o ato de decisão judicial não é um todo tipificado, que deva ser compreendido a partir de um único ângulo, mas, sim, a partir de um prisma composto por diversas faces<sup>493</sup>.

Um prisma que, sob o ângulo da *prudentia*, compreende o ato de decisão judicial como equidade, como ato voltado à análise do problema, em toda a sua singularidade e diferença. Um ato que pressupõe as desigualdades entre diferentes casos e entre as diferentes pessoas que viveram a experiência do evento real<sup>494</sup>. Um ato que se respalda em argumentos que justificam a conclusão, mas encobrem a premissa genérica (entimema). Um ato que finge sua imparcialidade, fazendo objeções dogmáticas a si mesmo<sup>495</sup>, a exemplo das causas de suspeição e impedimento, de sorte a aprimorar seu poder de persuasão.

Um ato de decisão judicial, portanto, compreendido de forma retórica, é um ato estratégico<sup>496</sup>. Um ato que admite, de forma aparente, a possibilidade de participação das partes na produção da decisão, mas que, em realidade, retira-lhes qualquer oportunidade de

<sup>491</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 68-69.

<sup>492</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 246.

<sup>493</sup> NIETZSCHE, Friedrich: **Da retórica**. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. Lisboa: Vega, 1995, p. 79-80.

<sup>494</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p.303.

<sup>495</sup> REBOUL, *Op.cit.*, 2004, p. 29.

<sup>496</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 108-109.

participação, conservando tal aparência de maneira a reforçar o seu poder de persuasão<sup>497</sup>. Persuasão que, também por motivo estratégico, se aproveita do melhor argumento suscitado no processo, quando a ele não pode suplantar, a fim de converter o convencimento provocado por aquele em seu favor<sup>498</sup>.

É de se concluir, a partir das explicações consignadas, que o ato de decisão judicial orientado retoricamente não delibera sobre o evidente ou sobre o impossível, mas sobre os fatos incertos próprios de uma condição humana carente. Portanto, o ato de decisão judicial orientado pela retórica e voltado ao convencimento do público (as partes e a sociedade como um todo) nunca se desvincula de sua finalidade, a verossimilhança, e de seu campo de atuação, o processo judicial. É esse mesmo vínculo que muitas vezes revela uma outra face do ato de decisão judicial, a da arte de fazer propaganda do magistrado, valendo-se do acusado<sup>499</sup>.

Por outro lado, a compreensão do ato de decisão judicial a partir de uma perspectiva retórica implica, também, sua análise de forma dialética, valendo-se desta. Isto porque um ato de decisão judicial que pretenda ser retórico não despreza a dialética como instrumento de persuasão<sup>500</sup>. É desta combinação, entre a dialética e a retórica, que o ato de decisão judicial se aproveita. Será a partir deste aproveitamento que o ato de decisão judicial buscará seu aprimoramento mediante a utilização de três provas (*pisteis*) discursivas. Tais provas constituem-se em ferramentas de persuasão<sup>501</sup> e subdividem-se entre meios afetivos, *éthos* e *páthos*, e racional, *lógos*. Sendo que este último é o meio propriamente dialético da retórica.

Se o *éthos* (agradar) diz respeito ao orador do ato de decisão judicial, e o *páthos* (comover) ao auditório processual que ao ato se subordina, o *lógos* (explicar) refere-se à argumentação propriamente dita, utilizada pelo ato de decisão judicial<sup>502</sup>. A argumentação utiliza-se tanto do silogismo entimemático, lastreado em raciocínio dedutivo a partir de uma premissa maior provável (*eikos*)<sup>503</sup> (por isso se mantém oculta), quanto de exemplos fundados

<sup>497</sup> NIETZSCHE, Friedrich: **Da retórica**. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. Lisboa: Vega, 1995, p. 74-75.

<sup>498</sup> “Se não pode com o inimigo, junte-se a ele!”. O brocardo popular, como emblemático exemplo de *tópoi*, deve aqui ser suscitado principalmente quando se sustenta o ato de decisão judicial a partir de uma postura retórica.

<sup>499</sup> MORAL GARCIA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús Maria. **Publicidad y Secreto en el Proceso Penal**. Granada: Comares, 1996, p. 114

<sup>500</sup> ARISTÓTELES. **Tópicos** - dos argumentos sofísticos. Tradução: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 33.

<sup>501</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.36.

<sup>502</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>503</sup> O estudo das obviedades, cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 294.

em raciocínio indutivo, a partir do qual se busca, em casos ou decisões passadas (jurisprudência), conclusões futuras<sup>504</sup>.

O ato de decisão judicial inspirado puramente na retórica pode ser censurado como ato antiético. Todavia, como adverte Aristóteles, a retórica é uma técnica útil, logo, sendo seu uso desonesto, não cabe censurar a técnica, mas o técnico<sup>505</sup>. Ademais, não se deve olvidar de que o direito é uma das espécies do gênero ética, portanto, não há ato de decisão judicial antiético. Pode ele ser contra esta ou aquela ética, mas jamais será *sem-ética*<sup>506</sup>, principalmente em tempos pós-modernos, quando a ética parece ter sido diluída e transformada em artifício ideológico<sup>507</sup>.

É um equívoco associar a abordagem retórica do ato de decisão judicial a uma postura antiética. A ética do ato de decisão judicial é uma questão de confiança<sup>508</sup>, supostamente controlável pelo discurso dialético marcado pelo contraditório<sup>509</sup>. O ato de decisão judicial retórico, assim, é ato que resulta de um jogo, um jogo processual devido, um jogo no qual o que importa é convencer.

Esse jogo não se prolonga indefinidamente. Por isso, não está comprometido com a verdade, ou a com justiça, apenas, e quando muito, com o verossímil. Esse jogo oferece regras, por meio das quais, uma vez mais, contamina, desde o início do processo, o ato de decisão judicial com uma ideologia, a ideologia que determina a elaboração de suas regras.

Da combinação entre confiança das partes e jogo processual ideologicamente controlado é que resulta um ato de decisão judicial que adapta o caso artificial<sup>510</sup> deduzido nos autos ao texto da lei. A adaptação será mais convincente à medida que conseguir arrolar mais argumentos<sup>511</sup>. Tais argumentos têm maior capacidade de incutir confiança no auditório processual quando, habitualmente, utilizam-se dos falíveis instrumentos de percepção a serviço do processo que aparentam ser seguros: as provas<sup>512</sup>. Exemplificativamente, o ato de

<sup>504</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 49.

<sup>505</sup> ARISTÓTELES. **Tópicos** - dos argumentos sofísticos. Tradução: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 44-45.

<sup>506</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 314.

<sup>507</sup> BOURDIEU, Pierre. **A produção da crença**: contribuição para uma economia dos bens simbólicos. 3. ed. Tradução: Guilherme João de Freitas Teixeira. Porto Alegre: Zouck, 2006, p. 193-196.

<sup>508</sup> BALLWEG, Otmar. Retórica analítica e direito. **Revista Brasileira de Filosofia**, n.163, fasc. XXXIX. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991, p. 175-184.

<sup>509</sup> REBOUL, *Op. Cit.*, 2004, p.39.

<sup>510</sup> A expressão “artificial” foi aqui utilizada com o escopo de ressaltar a circunstância de que tal caso não deve ser confundido com o caso real.

<sup>511</sup> PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – A Nova Retórica**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 131-160.

<sup>512</sup> REBOUL, *Op. Cit.*, 2004, p. 32.

decisão judicial retórico é a pergunta do magistrado ao acusado durante o interrogatório, a pergunta que já delimita as respostas prováveis<sup>513</sup>.

O ato de decisão judicial, então, a partir de uma perspectiva gnosiológico-retórica atrelada à *prudentia*, é ato desvinculado de uma perspectiva sistêmica. O sistema jurídico autopoietico, uniforme e racional perde o controle que a modernidade desejou possuir sobre o ato de decisão judicial, enquanto ato padronizado, universal e atemporal. Controle que desaparece ou que, pelo menos, se transforma, quando se constata que o ato de decisão judicial, agora, encontra-se comprometido com o caráter único da *aporia* trazida aos autos. O compromisso do ato de decisão judicial já não é mais com uma estrutura dedutivo-sistemática, mas com um problema<sup>514</sup>.

Neste cenário, o ato de decisão judicial já não se encontra amarrado à busca da verdade, mas se satisfaz com o verossímil, que se impõe pela persuasão, e que traz, subliminarmente, uma mensagem ideológica. Ideologia já revelada na indagação acerca de qual vem a ser o fator determinante que pressupõe a elaboração do catálogo de *tópoi*, do inventário das opiniões da maioria, no resgate e aproveitamento do *senso comum*<sup>515</sup>. Ideologia que agora controla, de forma sutil, o ato de decisão judicial, e que, para tanto, se aproveita da experiência cotidiana do ser humano carente, o juiz<sup>516</sup>. Como sustenta Warat, a verossimilhança traz em si uma carga ideológica, que marca o ato de decisão judicial à medida que se apropria da “‘opinião geralmente aceita’. Nesta noção, toma-se de empréstimo a forma de universidade que é ideológica”<sup>517</sup>.

Todavia, apesar de tais advertências, é bastante verossímil perante o senso comum que, na era pós-moderna, o ato de decisão judicial não traz mais consigo qualquer carga ideológica, uma vez que a ética fluidificou-se, a moral pasteurizou-se e os valores tornaram-se relativos. Contudo, como já advertia Córax, desde a antiguidade grega, mencionado por Olivier Reboul<sup>518</sup>, por detrás do excesso de verossimilhança esconde-se a

<sup>513</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 32.

<sup>514</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Tradução: Kelly Alfen da Silva. Porto Alegre: Safe, 2008, p. 31-33.

<sup>515</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 293-297.

<sup>516</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 373.

<sup>517</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 99.

<sup>518</sup> REBOUL, *Op. cit.*, 2004, p. 3.

inverossimilhança<sup>519</sup>. É também sob este véu constituído pelo excesso de verossimilhança que se procura encobrir a importância da contribuição de Protágoras para uma compreensão crítica do ato de decisão judicial. Ou seja, disfarçar a circunstância de que o ato de decisão judicial é a medida do juiz que o edita, uma vez que o ser humano é a medida de todas as coisas<sup>520</sup>.

Mas, quando se consegue remover este disfarce, o que se percebe é que o ato de decisão judicial é, enquanto linguagem, uma convenção. Uma convenção linguística construída a partir de um consenso sobre as regras processuais que irão viabilizar o próprio ato de decisão judicial<sup>521</sup> e que não se compromete a obter um novo consenso. O ato de decisão judicial, então, considerado enquanto discurso, transforma-se em uma rede de argumentos<sup>522</sup>. Tal rede de argumentos, em tempos de pós-modernidade, não se contenta apenas com a verossimilhança, antes é obstinada a ser um ato eficaz, um ato subordinado à lógica do desempenho. Um ato de decisão judicial regido por essa lógica não se constrói a partir do conhecimento, mas, sim, a partir do poder<sup>523</sup>. Poder que determina o conhecimento, e que, no processo, orienta a instrução e justifica, com uma aparência neutra e racional, o ato de decisão judicial<sup>524</sup>.

Quando se assinala que o ato de decisão judicial destina-se ao convencimento, o risco que se cria é comprometer a sua legitimidade, vez que a persuasão é comprometida com o poder<sup>525</sup>. Contudo, dessa assertiva não há como escapar, uma vez que se admita que o mundo no qual o ser humano encontra-se imerso é o mundo da linguagem e que esta é apenas uma convenção humana. Eis a insegurança peculiar à existência humana, a que desperta o magistrado para compreensão do ato de decisão judicial como ato de discurso, um ato que agora considera o magistrado, antes de tudo, como um orador.

Entretanto, para ser um “bom orador, não basta saber falar. É preciso saber também a quem se está falando, compreender o discurso do outro, [...], detectar suas ciladas,

---

<sup>519</sup> “As aparências enganam!”. Como significativo exemplo de *tópoi*, o ditado popular deve aqui ser invocado principalmente quando se sustenta o ato de decisão judicial a partir de uma postura retórica. A norma genérica ou geral é uma das aparências jurídicas que enganam, cf. SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, n. 7. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 251-273.

<sup>520</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 7.

<sup>521</sup> Fundamento sofisticado da retórica, cf. REBOUL, *Op. Cit.*, 2004, p.9.

<sup>522</sup> VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Tradução: Kelly Alfen da Silva. Porto Alegre: Safe, 2008, p.23.

<sup>523</sup> REBOUL, *Op. Cit.*, 2004, p. 10.

<sup>524</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade e a Justiça**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 64-70.

<sup>525</sup> BALLWEG, Otmar. Retórica analítica e direito. **Revista Brasileira de Filosofia**, n. 163, fasc. XXXIX. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991, p. 182-184.

sopesar a força de seus argumentos e, sobretudo, captar o não-dito”<sup>526</sup>. E o não-dito, no ato de decisão judicial, é mais bem percebido quando se cotejam três possíveis recortes epistemológicos: o científico, o objetológico e o retórico.

### 3.3 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL ENTRE A CIÊNCIA, A OBJETOLOGIA E A RETÓRICA

A depender da concepção que se adote quanto à linguagem e quanto à perspectiva gnosiológica, compreender-se-á de forma completamente distinta o ato de decisão judicial. Enquanto a retórica jurídica observa que a *prudentia* localiza-se no âmbito da *doxa*, a ciência tem por espeque a garantia de resultados, ou, quando menos, sua previsibilidade. A partir desse quadro, torna-se possível perceber que o ato de decisão judicial sob o ângulo retórico é ato de linguagem, ao passo que, sob o prisma científico, é ato previsível, que assegura as expectativas sobre ele depositadas. Diante desta dualidade de perspectivas, o ato de decisão judicial sufragado na linguagem é ato ciente de sua relação mediata com o conflito real, ao passo que o ato de decisão judicial lastreado na previsibilidade é ato que pretende um resultado aparentemente imparcial, legitimado pela sua aparência racional<sup>527</sup>.

Se, de um lado, a *prudentia* justifica a partir de argumentos do ato de decisão judicial, de outro, a *scientia*<sup>528</sup> verifica e demonstra o ato de decisão que foi adotado. Desta forma, então, o ato de decisão judicial que adote uma concepção retórica encontra-se voltado ao convencimento. Convencimento consoante o qual as provas não fundamentam o ato de decisão judicial, vez que não se desconhece seu caráter falível. As provas, assim, são tomadas enquanto aprimoramentos empíricos falíveis da percepção sensorial do sujeito cognoscente. Já se desconfia aqui que seja o poder que determina a produção do conhecimento, e não o inverso<sup>529</sup>.

<sup>526</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Introdução. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. XIX.

<sup>527</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 246.

<sup>528</sup> Importa salientar que Bacon, empirista inglês, condena veemente a retórica e sustenta que toda verdade provém da experiência sensível testada e examinada de forma científica. Verifica-se, assim, que, a partir do pensamento de Bacon, o ato de decisão judicial deve se nortear por uma lógica científica, amparada em um método indutivo, cf. BACON, Francis. **Novum Organum ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza**. Tradução: José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997, *passim*.

<sup>529</sup> SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 544-545.

Todavia, caso se adote uma orientação científica quanto ao ato de decisão judicial, a resposta será completamente distinta. Tal ato torna-se compromissado com um dado resultado. Um resultado previsível, esperado e verificado. Resultado que decorre de uma operação lógica respaldada em provas científicas, infalíveis e que compreende o ato de decisão judicial não como um ato de interpretação, ou de argumentação, e sim como uma equação matemática demonstrável logicamente. O ato de decisão judicial compreendido de maneira científica, portanto, é ato crente no conhecimento que decorre das provas. Decidir torna-se uma questão de conhecimento.

Sob uma perspectiva retórica, o ato de decisão judicial é constrangido a fundamentar seus axiomas, ao passo que sob um prisma científico é obrigado a comprovar-lhes. A partir desta circunstância, fica fácil perceber que há também uma distinção de atitude quanto ao ato de decisão judicial. Atitude que se científica, exige do ato de decisão judicial um caráter hipotético dirigido pela probabilidade, de sorte a conservar a aparência de imparcialidade, mas que, se prescritiva, requer do ato de decisão judicial uma índole dogmática, alicerçada na verossimilhança e fundada em uma ideologia<sup>530</sup>. Nesse sentido, enquanto atitude científica, o ato de decisão judicial prospecta o evento real pretérito de sorte a comprová-lo em sua inteireza, mas, como atitude prescritiva, subordina-se ao sujeito que o programa, o qual lhe determina seu casuístico conteúdo<sup>531</sup>.

Aqui se sustenta a tese de que o ato de decisão judicial não é ato que busca conhecimento nem tampouco oferece segurança ou previsão, mas que constitui-se em ato que demanda reconhecimento por parte daqueles a ele subordinados. Ato que se respalda não em juízo de certeza, mas em juízo de credibilidade, a qual emerge tanto do ato em si quanto daquele que o prolata. O ato de decisão judicial é uma questão de confiança<sup>532</sup>. Confiança que se conquista, mas que tão facilmente se dilui. Confiança que se utiliza da razão, mas não se dissocia da emoção.

Se esse é o quadro que se pode desenhar entre as perspectivas científica e retórica do ato de decisão judicial, convém também esboçar o que pode ser traçado entre as concepções retórica e objetológica (essencialista)<sup>533</sup>, ou seja, entre a *prudentia* e a *sapientia*.

<sup>530</sup> De acordo com Balkin, o desconstrutivismo é útil a desmascarar ideologias subterrâneas disseminadas mediante oposições conceituais aparentes, cf. BALKIN, Jack. M. **Desconstrutivismo**. Tradução: Guadalupe Feitosa Alexandrino Ferreira do Nascimento. Consultor: Haggen Heydrich Kennedy. (No prelo), p. 2.

<sup>531</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 246.

<sup>532</sup> BALLWEG, Otmar. Retórica analítica e direito. **Revista Brasileira de Filosofia**, n. 163, fasc. XXXIX. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991, p. 182-184.

<sup>533</sup> De acordo com Descartes, a retórica e a dialética são inúteis, pois se amparam na possibilidade de argumentação contraditória e probabilista. Segundo o filósofo francês, “a verdadeira eloquência escarnece da

Os reflexos do duelo entre tais concepções não se limitam a uma análise gnosiológica do ato de decisão judicial, pois também repercutem no aspecto axiológico que lhe caracteriza.

Desta forma, o ato de decisão judicial compreendido como ciência é saber necessário, lógico e exato, mas, entendido como retórica, é convencimento, verossímil e casuístico. Pergunta-se qual seria sua feição caso fosse analisado a partir da lente da objetologia. Nesta situação, o ato de decisão judicial torna-se ato comprometido com a busca da verdade, de uma verdade inquestionável. E, uma vez que a identifique, o ato de decisão judicial galga as qualidades transcendentais da atemporalidade e da universalidade. Mas, para tanto, o juiz precisa apreender a verdade do conflito por meio da linguagem ideal que represente com perfeição o conflito a ser julgado. O ato de decisão judicial, considerado objetologicamente, apropria-se, então, de uma linguagem fotográfica, livre das dificuldades de um abismo gnosiológico<sup>534</sup>.

Considerada uma perspectiva gnosiológica, o ato de decisão judicial pode ter a pretensão de alcançar a verdade ou se satisfazer com o convencimento. No primeiro caso, sua nuance é objetológica, no segundo, retórica. Todavia, analisada a questão sob um prisma axiológico, o ato de decisão judicial ou tem aptidão de distinguir entre o justo e o injusto ou compreende que a justiça não é um valor moral objetivado. Na primeira hipótese, seu caráter é objetológico, na segunda, seu caráter é retórico. É dizer, ou a justiça é um valor objetivo alheio aos interesses que permeiam o ato de decisão judicial ou é apenas uma convenção linguística axiológica controlável ideologicamente, subordinada à arte da disputa dialeticamente organizada<sup>535</sup>.

O magistrado, considerado como ser humano pleno, tal como imaginado pela objetologia, tem a capacidade de intuir parâmetros de conduta evidentes que separam o justo do injusto, o lícito do ilícito. Na concepção de Platão, a apreensão da justiça, enquanto valor objetivado compreendido por um ser humano pleno, depende da mera competência no ato gnosiológico. O juiz, nesse sentido, necessita apenas de uma “simples” capacidade para realizar o ato de decisão judicial da forma adequada. O justo, portanto, é alheio ao magistrado

---

eloqüência”, vez que não se escora na verossimilhança, mas na verdade. A verdade, desta forma, prescinde da dialética e da retórica, porque é obtida na solidão, no retorno do ser humano a si mesmo, não com espreque em argumentos, mas lastreada em um encadeamento dedutivo de evidências, a exemplo de uma equação matemática. Portanto, consoante o racionalista francês, a verdade não decorre da persuasão nem depende do apelo à emoção nem tampouco resulta da experiência dos sentidos (Locke e Bacon), vez que é revelada pela razão, a partir de ideias claras e distintas, *cf.* DESCARTES, René. **Discurso do Método. Regras para a Direção do Espírito**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005, *passim*.

<sup>534</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 246.

<sup>535</sup> *Ibidem*, p. 247.

e ao seu ato de decisão judicial, por isso, é preciso apenas um pequeno esforço axiológico para captar esse valor denso e tão rígido.

Entretanto, o juiz, tomado em sua condição humana carente, analisado sob um ângulo retórico, abandonado pelas certezas de uma moralidade atemporal e universal, e condenado a se perguntar compulsivamente sem que consiga obter respostas para suas próprias interrogações, vê-se obrigado a reconhecer o ato de decisão judicial como um ato de linguagem, uma linguagem convencional. Desta forma, não lhe resta alternativa, senão a de compreender que a justiça é apenas mais uma das convenções linguísticas que o ser humano formula, a fim de conferir sentido à sua própria existência<sup>536</sup>. Esse juiz carente, então, conscientiza-se de que a justiça não é virtude que se encontra em qualquer dimensão metafísica além da existência, que não é senha a ser decifrada, é, sim, valor fluido que escorre por entre os dedos.

Esse valor é objeto de uma aparente contenda entre as partes do processo, mas que sempre se mantém sob o controle de uma ideologia. Uma ideologia que se aproveita da justiça enquanto crença. Crença que é forma estandardizada de manifestação ideológica<sup>537</sup>. Quando o valor e o ato de decisão judicial transformam-se em convenções linguísticas casuísticas e precárias, surge, então, a necessidade de saber qual é a sua função vital.

### 3.4 O ATO DE DECISÃO COMO UMA FUNÇÃO VITAL

Diante da apresentação e cotejo das concepções científica, objetológica e retórica do ato de decisão judicial, pode-se, agora, ciente das distinções entre tais perspectivas, assinalar que aqui se adota a compreensão retórica. Tal compreensão considera o ato de decisão judicial como uma função vital do magistrado.

O ato de decisão judicial é função porque desempenha um papel. O papel de viabilizar a relação do juiz com o mundo circundante: tudo que diz respeito ao processo, as partes, as provas, dentre outros. Essa relação será concluída com o ato de decisão judicial. Mas o ato de decisão judicial também é vital para o magistrado, tomado em sua condição carente, porque é ato de linguagem. E, como ato de linguagem, é a única via da qual dispõe o juiz para alcançar a decisão, vez que é sua única trilha de contato com o mundo inóspito em que vive.

---

<sup>536</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 247.

<sup>537</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 100.

Contudo, compreender o ato de decisão judicial como uma função vital não implica generalizar tal assertiva e disto concluir que a linguagem é uma característica específica do ser humano. Não é isso que se deseja consignar. Sendo o ato de decisão judicial uma função vital por conta de seu caráter linguístico, não é, por conta disso, ato que se vale da única linguagem possível. Há muitas possibilidades de linguagem. Algumas dessas construídas pelo ser humano, segundo o contexto que o cerca, considerados tempo, espaço e o jogo de linguagem. Outras delas utilizadas pelos animais, os quais também apresentam linguagens<sup>538</sup> próprias. Linguagens que não perdem, por serem atribuíveis aos ditos animais irracionais, a qualidade de linguagem<sup>539</sup>.

Sendo certo que o que confere sentido à existência humana é a linguagem, e que os animais também apresentam uma que lhes é específica<sup>540</sup>, resulta disso, então, que nem mesmo a linguagem presta-se a servir de critério para a pretendida racionalidade humana. É a compreensão da dimensão existencial linguística que se permite desconfiar do caráter retórico desta pretensa racionalidade. É dizer, o mundo “racional” é apenas mais um dos mundos linguísticos existentes. Comparado aos demais, esse mundo é menos adaptado ao mundo dos eventos reais, dado o conflito entre os seres humanos e entre estes e o mundo da natureza. Será realmente racional o mundo linguístico humano?

De qualquer sorte, a partir de tais esclarecimentos, percebe-se a concepção retórica do ato de decisão judicial, aquela que o entende enquanto ato de linguagem humana. Por essa razão, o ato de decisão judicial passa a ser compreendido como uma manifestação de uma função vital do ser humano<sup>541</sup>, mas também como ato passível de ser desconfiado de sua racionalidade.

---

<sup>538</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 247.

<sup>539</sup> DERRIDA, Jacques. **O animal que logo sou**. Tradução: Fábio Landa. São Paulo: Editora Unesp, 2002, p. 24-31.

<sup>540</sup> MACINTYRE, Alasdair. **Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues**. Illinois: Open Court, 1999, p. 33-35. Consulte-se, ainda, LIMA, Luciano Rodrigues. **Desconstruindo a lingüística estruturalista**: o castelo de Saussure sitiado pelo pensamento de Derrida. Disponível em: <<http://www.uneb.br/lucianolima/artigos/desconstruindoalinguisticaestruturalista.doc>>. Acesso em: 10 fev. 2009. Este último autor consigna, entre as páginas 14 e 15 de seu texto, que nos dias atuais “sabe-se que alguns animais possuem uma complexa linguagem, através de sons articulados, sinais e gestos, além de serem capazes de adaptar a linguagem às circunstâncias e de criarem novos signos linguísticos. Além disso, sabe-se hoje que, em algumas espécies, a cultura é ensinada e aprendida”. Em *Gramatologia*, não era esta a compreensão de Derrida acerca da circunstância de possuírem os animais uma linguagem que lhes é própria. Todavia, em *O animal que logo sou*, Derrida reformula seu entendimento inicial acerca da possibilidade dos animais apresentarem uma linguagem específica e passa a sustentar tal tese.

<sup>541</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 247.

Se Freud estiver certo quanto à agressividade inata ao ser humano<sup>542</sup>, e se assistir razão a Derrida quanto ao mundo linguístico que lhe marca a existência<sup>543</sup>, o ato de decisão judicial não é apenas um ato violento, que agride a existência alheia daquele a ele subordinado, mas é também ato irracional, controlável pela irracionalidade dos demais participantes do processo, pelo egoísmo que é peculiar a todos. O ato de decisão judicial é, também, ato que resulta do conflito entre os egoísmos envolvidos no processo: do juiz e das partes. Os egoísmos que se limitam entre si<sup>544</sup>, mas que são findados por um ato violento. Nada mais humano, não é mesmo!

É esse ato de decisão judicial demasiadamente humano que consegue mostrar a sua função vital. Uma função que decorre da premissa de que o ser humano não mantém contato com o mundo dos eventos reais, assim como o juiz não tem com o conflito real. Uma função que percebe que o único mundo com o qual o ser humano e, por consequência, o juiz, mantém relação é o da linguagem. A linguagem, então, apesar de não ser exclusiva ao ser humano, é função vital à sua existência. É essa a função que lhe permite sobreviver em meio ao inóspito mundo circundante para o qual não se encontra adaptado e no qual se vê obrigado a viver<sup>545</sup>.

Com o juiz não é diferente. Ser humano carente, também se vê tentado a decidir o conflito processual, porque tem uma necessidade imensa de existir, de se relacionar com os outros, em suma, de se comunicar. Uma necessidade quase compulsiva de exercer sua linguagem e, por isso, uma função que lhe é vital. Por conseguinte, o ato de decisão judicial não é apenas um ato processual, dogmaticamente previsto em um texto de lei, mas a única possibilidade de relação com o conflito, e, também, o ato de um ser humano atormentado pelos problemas de sua existência e pelo drama da decisão.

Portanto, a função vital do ato de decisão judicial pode ser percebida tanto por conta de seu caráter linguístico quanto pelo drama existencial que assalta o magistrado no momento que pronuncia sua decisão. Mas, não apenas por tais razões. A sua função vital decorre também da circunstância de ser ele a única via de relação do magistrado com o

---

<sup>542</sup> FREUD, Sigmund. **O Futuro de uma Ilusão (1927) / O Mal-Estar na Civilização (1930[1929])** v. XXI. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud v. XXI. Rio de Janeiro. IMAGO, 1974b, p. 15.

<sup>543</sup> DERRIDA, Jacques. **O animal que logo sou**. Tradução: Fábio Landa. São Paulo: Editora Unesp, 2002, p. 21.

<sup>544</sup> Como adverte Wayne Morrison, também Adam Smith atribuiu ao egoísmo a capacidade de autorregulação do mercado. Mas, se é certo que o mercado não tem a capacidade de se autocontrolar, não é menos certo que as imposições artificiais do Estado estejam fadadas a serem suplantadas por aquele, pelo egoísmo que lhe é próprio. Cf. MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 213-215.

<sup>545</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 247.

conflito que irá julgar, ainda que este conflito não seja o real. Repita-se, por uma questão de didática: seu caráter linguístico, o drama existencial inerente à decisão e o fato de ser a única via de relação com o conflito trazido ao processo são os alicerces que sustentam a função vital do ato de decisão judicial.

Diante de tal quadro, e, considerando ainda a circunstância de que o ato linguístico, que é o ato de decisão judicial, pressupõe os abismos gnosiológico e axiológico, é de se concluir que não há outra concepção a ser adotada quanto ao ato de decisão judicial que não seja a retórica. Não fossem tais argumentos suficientes, importa destacar ainda que o ato de decisão judicial é também resultado de um processo judicial contraditório, ou seja, dialético<sup>546</sup>. Por todas essas razões, não se adota aqui uma concepção científica ou objetológica do ato de decisão judicial, porque adotá-la revelaria ignorar todos os aspectos acima suscitados.

Agregue-se aos argumentos até aqui expendidos em relação à função vital do ato de decisão judicial que a mesma também decorre da inevitabilidade da comunicação<sup>547</sup>. Essa inevitabilidade também marca o ato de decisão judicial, em razão de seu caráter comunicativo. A comunicação é inevitável porque mesmo o silêncio tem a capacidade de comunicar algo<sup>548</sup>, como o fato de o ato de decisão judicial não ter decidido sobre algum aspecto do caso deduzido no processo.

Todo ato de decisão judicial tem a pretensão de comunicar algo a alguém, ou comunicar alguém com alguém. Sendo tal assertiva inegável, surgem mais razões que justificam a função vital do ato de decisão judicial: a razão de que não há processo nem ato de decisão sem comunicação, e a razão de que o silêncio do ato de decisão judicial pode resultar, muitas vezes, no acirramento do conflito<sup>549</sup>. Não apenas do conflito processual, mas principalmente do real.

Se o silêncio tem o potencial de exacerbar o conflito, percebe-se que, também por uma via negativa, o ato de decisão judicial desempenha uma função vital. Não é vital ao juiz, considerado como ser humano, mas ao processo, vez que, se é certo que o processo potencializa o conflito real, uma vez que não o examina, não é menos certo que o silêncio do

<sup>546</sup> ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007, p. 27.

<sup>547</sup> WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick, JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana**: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. São Paulo: Cultrix, 1973, p. 44.

<sup>548</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2007, p. 102.

<sup>549</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Editora Juruá, 1989, *passim*.

ato de decisão judicial agrave o conflito filtrado pelo processo. Eis uma nova razão para apontar a função vital do ato de decisão judicial, uma razão de ordem pragmática.

Mas como a ambivalência é a marca que caracteriza todos os atos humanos<sup>550</sup> e suas construções linguísticas, o ato de decisão judicial também se vê contaminado por tal substância. É essa constatação que revela, então, que o ato de decisão judicial, tomado em sua dimensão comunicativa, não é apenas um ato pulsante<sup>551</sup> porque linguístico, mas também provocador da exacerbação tanto do conflito real quanto do conflito processual, mesmo que venha a ser exarado em obediência a todos os dogmas previstos em lei. Exacerba o conflito real porque não tem por finalidade resolvê-lo. Acirra o conflito processual porque não está apto, em todos os casos, a solucioná-lo, mesmo sendo um conflito artificialmente imaginado.

Mesmo diante de todas as dificuldades que envolvem a tarefa de dirimir o conflito processual, deposita-se, de forma generalizada, uma grande expectativa sobre o ato de decisão judicial. Expectativas que, de um lado, embora ressaltem, uma vez mais, a função vital do ato de decisão judicial, compreendida a função de forma pragmática, de outro, precisam ser controladas pelo próprio ato de decisão judicial. Controle que não é preciso, racional e sistemático, mas problemático e edificado a partir de argumentos.

Esses argumentos, considerados como atos de fala, subordinam-se à necessidade compulsiva do ser humano carente em se comunicar. Esta necessidade impregna a existência humana, e, por isto, contamina os atos de escolha do magistrado. Se a existência humana é uma existência temporal e comunicativa, é certo que essa existência é caracterizada por uma sucessão de escolhas, as quais individualizam a existência de quem escolhe, mas que, também, singularizam a história daquele a ela subordinado.

Com o ato de decisão judicial não é diferente. Porquanto decidir é escolher. E, seja em meio às relações processuais, seja em volta das demais relações sociais, escolher é uma função vital. Desta o magistrado não se desincumbe no processo, a não ser por meio da linguagem.

---

<sup>550</sup> LUHAMNN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 35-48. Consulte-se, ainda, MONOD, Jacques. **O acaso e a necessidade**. Tradução: Bruno Palma e Pedro Paulo de Sena Madureira. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1971, *passim*.

<sup>551</sup> RUDGE, Ana Maria. **Pulsão e linguagem**: esboço de uma concepção psicanalítica do ato. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998, p. 94-99.

### 3.4.1 O ato de decisão judicial como ato de linguagem

Eis, então, a face ontológica do ato de decisão judicial, um ato de linguagem. Não se aprofundará, nesta ocasião, o aspecto ontológico que individualiza o ato. Contudo, deve-se acentuar desde já que mesmo uma concepção retórica do ato de decisão judicial não deve se divorciar de seu indispensável aspecto ontológico. Quando aqui se sustenta um olhar retórico sobre o ato de decisão judicial, não se despreza, por esse motivo, uma preocupada análise do papel da ideologia<sup>552553</sup> nem o inafastável caráter ontológico<sup>554</sup> que o ato de decisão judicial apresenta.

O ato de decisão judicial, compreendido como linguagem e analisado a partir de uma perspectiva retórica, mantém uma relação estreita com uma concepção antropológica carente<sup>555</sup>. Tal concepção marca a existência conflituosa do magistrado, considerado como ser humano. Esse conflito o juiz trava consigo mesmo e com o mundo circundante, em especial, com o caso que irá julgar e com os participantes do processo, com os quais se vê obrigado a conviver. Mas, a despeito de tais conflitos, o juiz, que não tem apenas que resolver o conflito processual que lhe foi posto, tem diante de si um desafio maior: envidar esforços para não agravá-lo por meio de seu ato de decisão judicial.

Ao magistrado, uma vez ciente da circunstância mencionada, incumbe, então, editar o seu ato de decisão judicial e conviver com uma marca linguística que o acompanha, a marca da ambiguidade. Esta resulta da semântica, incapaz de representar o evento real (fato delituoso, por exemplo), que decorre da sintática, do jogo de combinação dos diversos discursos conflitantes durante o curso do processo, e que reclama uma análise pragmática e casuística do ato de decisão judicial, considerado em sua singularidade. O ato de decisão judicial, considerado como linguagem, demanda, a um só tempo, uma análise semântica, sintática e pragmática. Uma análise que já sinaliza uma diferente relação do ato de decisão judicial com a ambiguidade. Uma relação que não tem a arrogância de afastar as ambiguidades, mas antes de conscientizar e com elas conviver.

A convivência do ato de decisão judicial com a ambiguidade da linguagem indica as reduzidas pretensões que se pode esperar daquele. Pretensões de verdade e de certeza.

<sup>552</sup> BARTHES, Roland. **O óbvio e o obtuso: ensaios críticos III**. Tradução: Lea Novaes. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, *passim*.

<sup>553</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 115-122.

<sup>554</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 249-256.

<sup>555</sup> FROMM, Erich. **Conceito marxista do homem**. Tradução: Octavio Alves Velho. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 34-49.

Pretensões que se revelam como uma questão de fé, mas não de um ato de decisão judicial de índole linguística e de inspiração retórica. É essa índole linguística e esse viés retórico que já destacam a natureza convencional do ato de decisão judicial. Convenção que não apenas se refere ao consenso sobre as regras do jogo processual e que viabilizará o ato de decisão judicial, mas que também diz respeito a este último.

Nesse sentido, a convenção não assegura uma previsibilidade de consenso racional sobre o desfecho do processo, mas apenas indica, quando muito, uma possibilidade de consenso precário. Não apenas porque a linguagem é convencional, mas também porque a formulação do ato de decisão judicial é contextual. Contudo, o ser humano que convencionou as leis e o ato de decisão judicial é o mesmo que não aceita a inerente insegurança e imperfeição de suas convenções, as quais impregnam o proferir do ato de decisão judicial e que angustiam a esquizofrênica condição humana carente do magistrado. Esquizofrênica porquanto, apesar de o magistrado desconfiar de sua incapacidade de apreender a verdade, teima em acreditar que a linguagem e o processo possuem tal capacidade.

Sendo certo de que o processo é uma reconstituição frustrada de acontecimentos pretéritos<sup>556</sup>, e que a linguagem, porque humana, é eivada de vagezas, polissemias, sinônimas e imprecisões<sup>557</sup>, força é convir que o ato de decisão judicial, ciente e inserido neste cenário, desempenha papel reduzido. Não um papel coadjuvante no processo, mas um papel que, apesar de principal, não é tão ambicioso como a objetologia ou como a ciência imagina que seja. Um papel que, de um lado, exhibe o mal atávico da insegurança, e, de outro, contenta-se em fazer parte do discurso jurídico e de interpretar os textos por este produzidos.

Quando o ato de decisão judicial se propõe a interpretar os textos produzidos pelo discurso jurídico, não o faz com o escopo de assinalar que possui um objeto que lhe é próprio, nem que há consenso quanto à definição de ato de decisão judicial, nem, muito menos, que apresenta sistematicidade na apreciação dos textos. O ato de decisão judicial, agora, ciente de sua feição linguística, trabalha as conotações e denotações do discurso jurídico, de modo que aquelas enriqueçam estas ou que, também, as contradigam. O que importa é que o jogo entre conotações e denotações seja útil para que o ato de decisão judicial possa convencer por meio de sugestões subliminares. Sugestões que, muitas vezes, desenvolvem o oratório em detrimento do argumentativo, ou seja, o *éthos* e o *páthos* em prejuízo do *lógos*.

<sup>556</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-49.

<sup>557</sup> BARTHES, Roland. **Elementos de semiologia**. Tradução: Izidoro Blikstein. São Paulo: Editora Cultrix, 2007, p. 39-45.

O ato de decisão judicial, linguístico-retórico como aqui se sustenta, não deve incorrer no equívoco de conferir proeminência a quaisquer dos três tipos de argumentos (*ethos*, *páthos* e *lógos*), como o fizeram Perelman e Olbrechts-Tyteca<sup>558</sup> ao atribuírem maior importância ao *lógos* e ao mitigarem a relevância da elocução em nome de uma superlativa invenção. O ato de decisão judicial é a síntese de um processo dialético que se utiliza de argumentos, mas que não despreza o uso do afeto<sup>559</sup>.

O afeto, combinado a argumentos, permite ao ato de decisão judicial manipular os valores que gravitam em torno da causa. Essa manipulação ideológica não se limita a mitificar os valores que envolvem o ato de decisão judicial, mas também interpreta os textos produzidos pelo discurso jurídico como se estes não se encontrassem contaminados pela subjetividade de seus autores.

Não se quer com isso assinalar que o ato de decisão judicial seja apenas a face significativa da ideologia<sup>560</sup>, pois tal tese já se revelaria redutora tanto dos textos que interpreta quanto da própria retórica. O que se deseja é desvelar o papel desempenhado pela ideologia na formação do convencimento e a sua importância para o ato de decisão judicial, principalmente quando se o percebe enquanto ato de linguagem de natureza retórica. Se a ideologia não é exclusiva em uma abordagem linguística e retórica do ato de decisão judicial, certamente desempenha uma função relevante, a de controlar os valores em jogo na confecção do ato de decisão judicial. Esta função ganha maior destaque quando se percebe útil para disfarçar um valor enrijecido pelo discurso jurídico, um dogma, o dogma da imparcialidade do ato de decisão judicial.

Sendo certo que a ideologia que compõe o ato de decisão judicial não o reduz a si, também é certo que apreciar o ato de decisão judicial sem lhe fazer menção tornaria a presente abordagem, no mínimo, ingênua<sup>561</sup>. A perda da ingenuidade não reside em conferir um papel de prestígio ao ato de decisão judicial porque orientado pela ideologia, mas em desconfiar de que ele possa manter com a ideologia uma relação intensa.

Relação que, se não o domina, certamente não é descartável ao ponto de conferir à ideologia um papel de pequena participação na construção do ato de decisão judicial<sup>562</sup>.

<sup>558</sup> PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – A Nova Retórica**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 219-296.

<sup>559</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 89.

<sup>560</sup> Como entende Roland Barthes, *cf.* REBOUL, *Op. Cit.*, 2004, p. 89.

<sup>561</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 300.

<sup>562</sup> DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão**. Tradução: Georges I. Massiat. São Paulo: Paulus, 1995, p.18-19.

Ideologias não são instrumentos de conspiração que se invocam para revelar mensagens escondidas no ato de decisão judicial. Antes, mostram-se realidades linguísticas inafastáveis, seja porque trabalham ideias, seja porque organizam valores<sup>563</sup>. E não há linguagem sem ideias e valores. Sendo assim, também o juiz e o seu ato de decisão encontram-se emaranhados em sua teia.

Para que se possam perceber as ideologias emaranhadas no ato de decisão judicial e nos textos do discurso jurídico que este se presta a interpretar, é necessário utilizar-se de uma ferramenta literária cética, a desconstrução de textos<sup>564</sup>. E desconstruir os textos, ou o ato de decisão judicial, torna-se ainda mais relevante quando se constata, por exemplo, o uso frequente de alegorias, as quais já assinalam a circunstância de que todo texto tem outro sentido além do literal<sup>565</sup>.

É essa circunstância, mas não ela somente, que a desconstrução objetiva torna clara. Para tanto, a desconstrução utiliza-se de uma estratégia de leitura que se aproveita das próprias palavras contraditórias do discurso centrado na razão<sup>566</sup>. Essa estratégia não tem por escopo a destruição do ato de decisão judicial (linguagem), mas a desmontagem<sup>567</sup> do sistema que o estrutura. Essa desmontagem nunca é encerrada, muito menos portadora da verdade, mas voltada a reaproveitar as peças do ato de decisão judicial, sob uma nova ordem construtiva. A ordem fundada na *différance*<sup>568</sup>.

Uma ordem construtiva alicerçada na *différance* é uma ordem que desconfia das oposições binárias de um sistema baseado na razão moderna de índole metafísica<sup>569</sup>. O ato de decisão judicial concebido a partir de tal ordem, principalmente quando é compreendido como linguagem, torna-se, também, um ato desconfiado das oposições binárias de um sistema jurídico construído a partir da razão moderna de feição metafísica. É a desconfiança que marca a *différance* que permite compreendê-la como um ponto móvel que pode se localizar em qualquer lugar da escala estabelecida pelas oposições binárias hierarquizadas. O mesmo ponto móvel que também caracteriza o ato de decisão judicial lastreado na *différance*.

---

<sup>563</sup> RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Tradução: Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1977, p. 43-45.

<sup>564</sup> DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Tradução: Miriam Chnaidermann e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2006, *passim*.

<sup>565</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 78.

<sup>566</sup> DERRIDA, *Op. cit.*, 2006, p. 33-36.

<sup>567</sup> *Ibidem*, p. 36-78.

<sup>568</sup> DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença**. Tradução: Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 8-22.

<sup>569</sup> *Ibidem*, p. 24-28.

A *différance* proposta por Derrida não é a equidade de Aristóteles<sup>570</sup>, vez que não admite a existência de um ponto ideal, e, mesmo que se admita sua existência, não seria um ponto estático na escala de valores que apresenta como extremos as oposições binárias<sup>571</sup>, oposições estruturadas de maneira maniqueísta. Desta forma, o ato de decisão judicial que se utilize da desconstrução para esclarecer sua relação com a ideologia não é ato orientado pela equidade aristotélica, mas pela *différance*. A *différance* que agora desperta no ato de decisão judicial a desconfiança para com a justiça<sup>572</sup>. Não apenas porque a justiça é uma das oposições binárias possíveis de um sistema jurídico metafisicamente organizado, mas, também, porque não deixa de ser mais um valor sujeito aos influxos da ideologia.

Por isso, compreender o que venha a ser a *différance* é tarefa fundamental para uma análise crítica, cética e desconfiada do ato de decisão judicial. Principalmente quando tal análise fica a depender da compreensão de um conceito específico do vocabulário de Derrida. E é o próprio filósofo francês adverte que a *différance*, além de ser conceito determinante para compreensão da desconstrução, é conceito complexo. Complexo porque composto por outros diversos conceitos. Tais esclarecimentos sobre a *différance* já revelam sua importância para a compreensão do ato de decisão judicial a partir de uma perspectiva desconstrutivista. Logo, compreender o que Derrida entende por *différance* não é apenas mais um passo para uma perspectiva desconstrutivista do ato de decisão judicial, é o passo determinante dessa caminhada.

No conceito complexo de *différance*, encontram-se reunidos outros conceitos que compõem a noção de desconstrução. Estes outros conceitos não são exaustivos, são apenas explicações dos diversos ângulos que o prisma da *différance* apresenta. Conceitos que já descrevem o caráter multifacetado do ato de decisão judicial em sua perspectiva linguística de caráter desconstrutivo e que já denunciam a sua feição singular. Cada um desses conceitos revela um aspecto possível do ato de decisão judicial.

O primeiro conceito é o de *descentramento*<sup>573</sup>. O ato de decisão judicial desvincula-se de uma perspectiva sistêmica estática, e passa a ter como centro qualquer ponto na escala de valores demarcada pelas balizas da justiça e da injustiça. O ato de decisão judicial torna-se, então, um ponto móvel, que pode ser encontrado em qualquer lugar da

<sup>570</sup> ARISTÓTELES, **A Política**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 123-127.

<sup>571</sup> DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença**. Tradução: Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 29-30.

<sup>572</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: O "Fundamento místico da autoridade"**. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 46-51.

<sup>573</sup> DERRIDA, *Op. cit.*, 2001, p. 34-39.

escala<sup>574</sup>. Um lugar onde já não há precedência do centro sobre a periferia, do sistema sobre o problema. Um lugar em que deixa de existir a dualidade entre sistema e problema, no qual o ato de decisão judicial supera, por meio da *différance*, mais esta oposição binária e se transforma em ato, a um só tempo, dialético, singular e persuasivo.

O segundo conceito é o de *fármaco*<sup>575</sup>. A partir de tal conceito, o que se deseja ressaltar é que o ato de decisão judicial passa a ter consciência de sua natureza de droga. Quando o ato de decisão judicial percebe-se como tal, vê-se diante do problema da variação infinita da dose. A dose é o traço da escrita<sup>576</sup>, que é a própria singularidade do decidir. É esta dose que desperta no ato de decisão judicial a percepção para com a *différance*, a diferença entre o remédio e o veneno, a *différance* que singulariza a dose<sup>577</sup>. A dose que pode matar ou curar, estigmatizar ou proporcionar uma oportunidade ao acusado na teia social. Em suma, a dose que precisa ser diferente, porquanto a *différance* é o único caminho que permite a superação de mais esta oposição binária.

O terceiro conceito é o de *escritura*<sup>578</sup>. A escritura é o outro, o complemento da fala, aquilo que a ela não se opõe, mas, antes, se relaciona. Deste modo, o ato de decisão judicial, norteado pela *différance* e compreendido como linguagem, não prioriza a escrita sobre a fala nem esta sobre aquela<sup>579</sup>, mas supera este código de linguagem binário. E esta superação se deve tanto pelo aproveitamento da instrução em forma escrita (documento) e oral (testemunha) quanto pela realização da persuasão em aspecto de tinta (petição) e de fala (debates orais).

Ao contrário de Platão, em *Fedro*<sup>580</sup>, quando sustenta a preferência da fala sobre a escrita e insinua que esta é simulacro<sup>581</sup> daquela, Derrida adverte que não há sobreposição

<sup>574</sup> DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença**. Tradução: Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 42-45.

<sup>575</sup> *Idem*. **A farmácia de Platão**. Tradução: Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 1997, p. 12-23.

<sup>576</sup> *Idem*. **Margens da Filosofia**. Tradução: Joaquim Torres Costa e António M. Magalhães. Campinas: Papirus, 1991, p.36-39.

<sup>577</sup> DERRIDA, *Op. cit.*, 1997, p. 30-38.

<sup>578</sup> DERRIDA, *Op. cit.*, 2001, p. 49-52.

<sup>579</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Tradução: Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 30. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1998, *passim*.

<sup>580</sup> PLATÃO, **Fedro**. Tradução: José Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 23-29.

<sup>581</sup> O simulacro, segundo o platonismo, é um dado encontrado no mundo das aparências e degradado do mundo das essências. Tal conceito vem sendo progressivamente reabilitado pelo pensamento pós-moderno, por teóricos como Deleuze, Baudrillard, Severo Sardui, Barthes, De Man, Foucault, Guattari, dentre outros. Não se trata, em realidade, de valorizar a ideia de simulacro, mas, sim, de sua revalorização, vez que os filósofos pré-socráticos atomistas, a exemplo de Demócrito, Zenon e Leucipo e, posteriormente, Epicuro, já lastreavam suas filosofias a partir do mundo sensível. Cf. LIMA, Luciano Rodrigues. **Desconstruindo a linguística estruturalista: o castelo de Saussure sitiado pelo pensamento de Derrida**. Disponível em: <<http://www.uneb.br/lucianolima/artigos/desconstruindoalinguisticaestruturalista.doc>>. Acesso em: 10 fev. 2009, p.11.

nem da fala sobre a escrita nem da escrita sobre a fala<sup>582</sup>. O ato de decisão judicial, apesar de escrito nos autos, não é apenas escrita, mas também o resultado da fala que precedeu aquela. Ter consciência da superação desta dualidade viabiliza não apenas melhor compreender o processo de convencimento, como também melhor entender os caminhos percorridos pela ideologia.

O quarto conceito é o de *suplemento*<sup>583</sup>. O suplemento é o potencial inerente à escrita. O potencial de significados não previstos por aquele que redige o ato de decisão judicial, o juiz. O suplemento valoriza a ausência significativa<sup>584</sup> que toda escrita traz consigo. A ausência que indica que todo texto tem um sentido além do literal<sup>585</sup>, o sentido alegórico do qual se utiliza o ato de decisão judicial. Sentido tanto mais útil à persuasão quanto mais oculto se encontrar. Ocultamento que o ato de decisão judicial justifica em razão do caráter óbvio daquilo que não foi dito. Mas as obviedades, se, de um lado, são ridículas, de outro, constituem excelente estratégia argumentativa e interpretativa. Uma estratégia quase lógica e, por isso, mais persuasiva. Uma estratégia entimemática.

O quinto conceito que compõe a noção de diferença é o de *jogo*<sup>586</sup>. O *jogo* é a possibilidade incontrolável e imprevisível da linguagem de criar significados. Como assinala Derrida, “[...] não há significado que escape, mais cedo ou mais tarde, ao jogo das remessas significantes, que constitui a linguagem”<sup>587</sup>. Com o ato de decisão judicial, compreendido como ato de linguagem, não é diferente. Considerado como jogo ou como resultado de um jogo, o ato de decisão judicial também é possibilidade imprevisível e angustiante de formular novos significados. Significados que interessam a um específico caso e que são úteis à persuasão do ato de decisão judicial.

Compreender o ato de decisão judicial como linguagem é compreendê-lo como sistema aberto, não no sentido que lhe empresta Canaris<sup>588</sup>, mas como o jogo do qual fala Derrida. O jogo individualizado pela autonomia da escritura em relação ao conhecimento<sup>589</sup>. É dizer, todo ato de decisão judicial, antes de ser ato de conhecimento, é ato de linguagem. Logo, não é o conhecimento que condiciona o jogo do ato de decisão judicial, mas, sim, a

<sup>582</sup> DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença**. Tradução: Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 53-55.

<sup>583</sup> *Idem*. **Gramatologia**. Tradução: Miriam Chnaidermann e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 239-241.

<sup>584</sup> A ausência significativa que é o intervalo entre a fala e a escrita, *cf.* DERRIDA, *Op. cit.*, 2006, p. 242-244.

<sup>585</sup> O torno da escritura, *cf.* DERRIDA, *Op. cit.*, 2006, p. 264-279.

<sup>586</sup> DERRIDA, *Op. cit.*, 2001, p. 56-59.

<sup>587</sup> DERRIDA, *Op. Cit.*, 2006, p. 12.

<sup>588</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, *passim*.

<sup>589</sup> DERRIDA, *Op. Cit.*, 2006, p. 13-18.

linguagem<sup>590</sup>. Em síntese, o jogo que permeia o ato de decisão judicial é o jogo de linguagem que objetiva o convencimento de um auditório processual específico. O jogo que norteia o processo é o jogo do devido processo legal.

O sexto e último conceito que aqui se invoca para delimitar a noção de *différance* é o conceito de *rastro*. Tal conceito não é último porque termina a relação dos conceitos que integram a *différance*, vez que essa relação não é exaustiva, ou porque possui menor relevância, o que contraria a própria noção de *différance*. É último somente em relação à exposição que aqui se faz sobre a *différance* e sua relação com o ato de decisão judicial.

O conceito de *rastro*<sup>591</sup> tem por escopo criticar a origem da origem, a origem sistemático-moderna do ato de decisão judicial. A origem metafísica que insiste em se manter encoberta. Derrida, então, propõe que se siga o rastro do ato de linguagem, o mesmo rastro que caracteriza o ato de decisão judicial. O processo que se empenhe na perseguição do rastro do ato de decisão judicial terá capacidade de aclarar a proposital confusão entre o original e a cópia<sup>592</sup>. Essa confusão entrelaça e confunde, intencionalmente, o conflito real com o conflito processual, e foi utilizada pela modernidade para preservar a legitimidade do ato de decisão judicial. Perseguir o rastro do ato de decisão judicial não é nunca tarefa concluída, mas se revela como possibilidade infinita.

Conforme o exposto, o ato de decisão judicial apresenta, então, como características a feição linguística, o caráter retórico, o aspecto ideológico, a concepção desconstrutivista e uma abordagem diferenciada. A listagem de tais características presta-se, a um só tempo, a denunciar as possíveis estratégias metafísico-objetológicas que podem ser desenvolvidas a partir do ato de decisão judicial, como também a encampar uma perseguição por um ato de decisão judicial mais tolerante, porque não exclusivo, e menos autoritário, porque re-legitimado<sup>593</sup>. É a busca pela tolerância<sup>594</sup> e o evitar do autoritarismo que empurra o ato de decisão judicial em direção à fusão dos extremos na ordem da diferença. É esta fusão que exige, agora, do ato de decisão judicial uma nova estratégia legitimadora, uma estratégia de conciliação de oposições clássicas, a exemplo da forma e do conteúdo, da fala e da escrita,

<sup>590</sup> DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Tradução: Miriam Chnaidermann e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 34.

<sup>591</sup> *Idem*. **A escritura e a diferença**. Tradução: Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 291.

<sup>592</sup> *Ibidem*, p. 290-299.

<sup>593</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 205-206.

<sup>594</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 308.

da causa e do efeito, e do corpo e do espírito<sup>595</sup>. Uma estratégia tolerante<sup>596</sup>, avessa ao conhecimento *a priori* do ato de decisão judicial.

Essa estratégia torna-se mais convincente à medida que se percebe que não é apenas o ato de decisão judicial, considerado como objeto, que é ato de linguagem, antes, o próprio juiz, enquanto sujeito cognitivo, também o é. Em outras palavras, o sujeito cognitivo do ato de decisão judicial é, também, uma construção discursiva, histórica, instável, provisória. Em suma, um ser humano carente. Um ser humano que se volta contra qualquer ideia que proponha um sujeito transcendental, estável, objetológico, ou *a priori*. Nesse sentido, uma estratégia desconstrutivista do ato de decisão judicial é, antes de tudo, uma estratégia de desmonte<sup>597</sup>, o desmonte da catedral metafísica do sistema estático, objetológico e moderno do ordenamento jurídico que insiste em tolher o ato de decisão judicial.

Por isso, é preciso pensar o ato de decisão judicial “a partir da possibilidade de singularidade, da singularidade da assinatura e do nome”<sup>598</sup>. Um ato que se volte contra uma “aterrorizante objetividade legal, burocrática, estatal, e que (ao mesmo tempo, pois)”<sup>599</sup> combata um sistema caracterizado por uma lógica de objetividade direcionada “à invalidação da singularidade da solução final”<sup>600</sup>. Um ato que não se descure dos *tópoi* que o caracteriza, quais sejam, a concretização normativa e a situação de fato, a pré-compreensão e a compreensão cênica<sup>601</sup>.

A situação de fato trazida ao processo deixa de ser compreendida como conflito real e passa a ser entendida como construção linguística respaldada em metáforas, limitada pelos abismos gnosiológico e axiológico. O ato de decisão judicial passa a ser compreendido como ato elaborador da norma aplicável ao caso subordinado ao processo. O que já permite

<sup>595</sup> DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença**. Tradução: Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 98-101.

<sup>596</sup> VOLTAIRE, François-Marie Arouet. **Tratado sobre a tolerância**. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1993, *passim*.

<sup>597</sup> “[...] talvez a única possibilidade de coerência da desconstrução seja manter-se sempre como não-hegemônica, como uma possibilidade de leitura crítica, como um discurso de uma nova e não-dogmática esquerda”, *cf.* LIMA, Luciano Rodrigues. **Desconstruindo a lingüística estruturalista: o castelo de Saussure sitiado pelo pensamento de Derrida**. Disponível em: <<http://www.uneb.br/lucianolima/artigos/desconstruindoalinguisticaestruturalista.doc>>. Acesso em: 10 fev. 2009, p. 4.

<sup>598</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: O “Fundamento místico da autoridade”**. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 140.

<sup>599</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>600</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>601</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Organização e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução: Adriana Beckmann Meireles et. al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 93-98.

concluir que não há norma sem caso, uma vez que toda norma é fruto da interpretação que se realiza quando da confecção do ato de decisão judicial<sup>602</sup>.

Disto decorre que o ato de decisão judicial, considerada a pré-compreensão<sup>603</sup> que o marca, é ato compreensivo, e, como tal, é ato singular, mergulhado no tempo e caracterizado pela biografia de seu sujeito constitutivo, o juiz. Pré-compreensão que é tanto pré-conceito quanto tradição, mas que, em todo caso, é ideologia disseminada, perpassada e reaparecida no ato de decisão do sujeito histórico que decide<sup>604</sup>. Decisão silogisticamente construída a partir de entimemas.

Decisão que, como adverte Hassemer, é arquitetada de forma cênica, vez que, assim como na peça teatral, é preciso divertir a platéia para persuadi-la. O mesmo se dá no processo. É preciso dar a aparência de participação aos litigantes, anestesiando-os, para poder convencê-los do ato de decisão judicial confeccionado. É no discurso, durante a cena, que a norma é concretizada. É na decisão judicial, ensaiada durante o prazo para a sua confecção, que as pré-compreensões tornam-se repletas de consequências<sup>605</sup>. O ato de decisão judicial revela, então, o seu único *ser*, o discurso, que o impregna e o molda.

### 3.4.2 O ato de decisão judicial como discurso

Quando se concebe o ato de decisão judicial como discurso, é necessário pontuar, desde logo, quais os marcos que delimitam tal compreensão. O primeiro marco adotado é o da retórica. Portanto, quando se desenvolve aqui a tese de que o ato de decisão judicial é, também, um ato de discurso, é necessário ter claro que a primeira baliza de tal raciocínio é a retórica. Ademais, o segundo referencial do ato de decisão judicial interpretado como discurso é o problema da improbabilidade da comunicação. Problema este que guarda harmonia com alguma das contribuições oferecidas pelo desconstrutivismo, a exemplo da *différance*.

Tomando-se como premissa que a *différance*, como dito acima, é o ponto móvel da escala entre as oposições binárias, torna-se forçoso concluir que o diferente é, também, aquilo que se demonstra de difícil ou improvável comunicação. E por que tal conclusão se

<sup>602</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política.** Organização e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução: Adriana Beckam Meireles et. al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 93-94.

<sup>603</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p.368-384.

<sup>604</sup> HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 2008, p. 95-97.

<sup>605</sup> *Ibidem*, p. 97-98

impõe? Porque a comunicação, em regra, baseia-se em códigos linguísticos binários<sup>606</sup>, como, por exemplo, legítimo e ilegítimo, bem e mal, lícito e ilícito. Ora, se assim o é, o diferente é o que está entre os opostos, e, portanto, aquilo que é de improvável comunicação. É dizer, o ser humano tem dificuldade em compreender e em se comunicar por meio de códigos linguísticos não-binários<sup>607</sup>.

Quando se assevera o problema da improbabilidade de comunicação<sup>608</sup> do ato de decisão judicial compreendido como discurso, logo se percebe que o papel desempenhado pelo desconstrutivismo é também de grande relevância. Contudo, como no item anterior já foram tecidos alguns comentários sob a perspectiva desconstrutivista, não se faz necessário, nesta oportunidade, abordar novamente a mesma. Repetir tal abordagem seria, além de enfadonha, inútil. Sendo assim, as considerações que venham a ser feitas acerca do ato de decisão judicial como discurso e sua relação com o desconstrutivismo serão sempre considerações complementares, na medida que se demonstrem convenientes e oportunas para fins de esclarecimento da matéria.

Ainda no que toca aos esclarecimentos prévios sobre o que se entende aqui por considerar o ato de decisão judicial como discurso, importante é assinalar que não há qualquer redundância ao se dedicar um item que trate do ato de decisão judicial e, a seguir, valer-se de um outro item para abordar o ato de decisão judicial como discurso, porque linguagem e discurso não significam um único sentido.

Sendo certo que linguagem e discurso são significantes de significados próximos, não é menos certo que as aparências significativas também enganam. Linguagem e discurso são recortes distintos de um mesmo fenômeno, no presente trabalho, do ato de decisão judicial. Esta assertiva, no entanto, não implica afirmar que a distinção entre linguagem e discurso seja uma distinção exata e demarcada. Antes significa esclarecer que tais conceitos, por vezes, interpenetram-se, conferindo a impressão de que os limites que os demarcam desapareceram.

Desta forma, apenas para fins de esclarecimento, o que se compreende aqui como discurso é a rede de argumentos desconstruível e de improvável comunicação destinada à persuasão do outro. Ao passo que, por linguagem, entende-se o fenômeno referente à teia linguística organizada de forma semântica, sintática e pragmática, com potencial de convencimento e de infinita possibilidade de desmonte. De qualquer sorte, convém insistir,

---

<sup>606</sup> LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 4. ed. Tradução: Anabela Carvalho. Lisboa: Vega Limitada Passagens, 2006, p.39-44.

<sup>607</sup> *Ibidem*, p. 50-57.

<sup>608</sup> *Ibidem*, p. 39-41.

uma vez mais, que tais definições não são estanques, mas se aproveitam umas às outras. Esse aproveitamento, certamente, não é motivo de admiração, pois a comunicação, sendo produto da ação humana, apesar de não lhe ser exclusiva<sup>609</sup>, tem como uma de suas principais características a ambivalência.

Obedecendo-se, assim, à ordem de exposição dos marcos que delimitam a compreensão do ato de decisão judicial como discurso, faz-se necessário iniciar os esclarecimentos a partir da perspectiva retórica. Partindo para uma análise retórica do ato de decisão judicial compreendido como discurso, o primeiro aspecto que se deseja ressaltar a esse respeito é o relativo ao problema da falsa distinção entre argumentação e demonstração. Em que pese Perelman e Olbrechts-Tyteca empenharem-se no estabelecimento de tal distinção<sup>610</sup>, o ato de decisão judicial não deve tomá-la por base, vez que, como assinala Warat, a demonstração é, também, uma estratégia argumentativa<sup>611</sup>, a qual, no mais das vezes, confunde-se com o recurso retórico do exemplo. Ademais, a distinção entre demonstração e argumentação, para fins de compreensão do ato de decisão judicial como discurso, também pode ser entendida como dúvida, vez que, como assevera Reboul, certos argumentos possuem aspecto demonstrativo<sup>612</sup>.

Outro motivo que também leva à abolição de tal distinção é a percepção de que a linguagem técnica ou profissional empregada no procedimento de demonstração também padece dos mesmos problemas que a linguagem coloquial ou vulgar relativa ao procedimento de argumentação. Em ambas as hipóteses, as linguagens veem-se envolvidas por ambiguidades, polissemias, vagezas ou, ainda, emprego excessivo de conotações. Tanto a linguagem científica quanto a linguagem jurídica ou poética caracterizam-se pela ausência tratada por Derrida<sup>613</sup>, e se valem da persuasão, como destaca Pierre Oléron, citado por Reboul<sup>614</sup>.

<sup>609</sup> Como já foi sustentado no corpo do presente capítulo, a linguagem e a comunicação não são instrumentos exclusivos dos seres humanos, vez que entre os animais também é possível observar semelhantes fenômenos. Sobre o assunto, consulte-se o item 3.4, relativo à função vital. Nesse sentido, consulte-se MACINTYRE, Alasdair. *Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues*. Illinois: Open Court, 1999, p. 33-35, bem como DERRIDA, Jacques. *O animal que logo sou*. Tradução: Fábio Landa. São Paulo: Editora Unesp, 2002, p. 24-31.

<sup>610</sup> PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação – A Nova Retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 15-16.

<sup>611</sup> WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I*. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 97-98.

<sup>612</sup> REBOUL, Olivier. *Introdução à retórica*. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 92.

<sup>613</sup> DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. Tradução: Miriam Chnaidermann e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 242-244.

<sup>614</sup> “Pierre Oléron afirma assim que a própria demonstração científica não é tão pura e rigorosa quanto diz Perelman. No próprio cerne das ciências exatas encontram-se controvérsias em que ambas as partes têm o

Não fosse isso suficiente, pode-se consignar, com apoio em Reboul, que a demonstração, em realidade, é uma espécie de argumento, o argumento negativo<sup>615</sup>. O argumento negativo é uma exigência lógica mínima que todo argumento precisa observar e que acaba por constituir uma espécie de ética na argumentação<sup>616</sup>. A demonstração transforma-se, assim, em um critério argumentativo útil para distinguir o silogismo retórico do silogismo sofisticado. E, desta forma, a demonstração, agora argumento, aproveita-se da lógica e a transforma também em argumento.

Por fim, ainda sobre esse primeiro ponto do aspecto retórico do ato de decisão judicial compreendido como discurso, ou seja, sobre a falsa distinção entre argumentação e demonstração, convém consignar três razões para afastar tal distinção. A primeira é que tanto a demonstração como a argumentação dirigem-se a auditórios. Não ao auditório universal de Perelman e de Olbrechts-Tyteca<sup>617</sup>, mas a um auditório específico<sup>618</sup>. A segunda é a de que tanto a argumentação como a demonstração sofrem com problemas de linguagem. E a terceira, tanto na argumentação quanto na demonstração as conclusões apresentadas são contestáveis<sup>619</sup>.

Um segundo ponto que se deseja abordar acerca do ato de decisão judicial como discurso é a sua composição retórica. Nesse sentido, o ato de decisão judicial passa a ser composto por dois elementos: os argumentos e a oratória<sup>620</sup>. Oratória que aqui deve ser entendida em sentido mais abrangente, para compreender tanto o desempenho da ação, do discurso verbal, quanto a desenvoltura da elocução, do discurso escrito. Mas qual a importância em assinalar tais elementos do ato de decisão judicial analisado como discurso retórico? Tal importância figura-se por três faces.

A primeira face é a de perceber que, quanto mais urgente for o caso trazido aos autos, maior será o recurso que o magistrado fará em seu ato de decisão ao *páthos* e ao *éthos*, isto é, à oratória<sup>621</sup>. Esta é, por exemplo, a situação dos casos criminais que causam comoção pública. Casos que são explorados pela televisão e que serão objeto de detida análise no quinto capítulo desse trabalho. A segunda face é a de que o ato de decisão judicial também se

---

*desejo de convencer, 'de exercer influência'*", cf. REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 98.

<sup>615</sup> REBOUL, *Op. cit.*, 2004, p. 96.

<sup>616</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>617</sup> PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – A Nova Retórica**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 34-38.

<sup>618</sup> REBOUL, *Op. cit.*, 2004, p. 92-94.

<sup>619</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>620</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>621</sup> *Ibidem, loc. cit.*

utilizará, em demasia, de seu aspecto oratório nas causas em que o tempo<sup>622</sup> se constitua problema de primeira grandeza para a resolução do conflito processual. E, por fim, a terceira face, da importância em ressaltar os elementos que compõem o ato de decisão judicial, analisado como discurso retórico, que se dá também ao perceber que o magistrado tende a abusar do *éthos* e do *páthos* quando o auditório processual, mais especificamente, o acusado no processo penal, for menos sensível à argumentação lógica<sup>623</sup>.

Antes que se avance na abordagem retórica do ato de decisão judicial percebido como discurso, impõe-se esclarecer o que se entende aqui por argumento. Poder-se-ia criticar tal exposição por, somente nesta passagem, se estar dedicando a definir o que se entende por argumento. Todavia, essa crítica revelar-se-ia despropositada tanto porque *argumento* é oriundo da linguagem comum, o que o torna acessível a qualquer pessoa, quanto porque se fez aqui a opção estratégica de enunciar uma definição dele neste instante da exposição, de sorte a facilitar a elucidação de outros conceitos que ainda serão invocados.

Tecidas tais considerações, pontua-se que, por argumento, entende-se a proposição discursiva destinada a levar à admissão de outra<sup>624</sup>. Tomando-se por base tal definição, torna-se importante pontuar que o argumento deve sê-lo em sua diferença, e, desta forma, perceber que o mesmo argumento necessita ser empregado de maneira diversa a depender da forma que se apresenta, ou seja, se de forma escrita ou oral<sup>625</sup>. Registrar tal diferença no emprego argumento torna-se ainda mais importante quando se percebe que o ato de decisão judicial, compreendido como discurso, constitui-se, como já foi dito, em uma rede de argumentos.

Se o argumento é apresentado de forma escrita, o magistrado, ao confeccionar seu ato de decisão, precisa expô-lo de forma clara, lógica, associando-o da forma empolgante e ornamentada, de acordo com os interesses que permeiam o conflito processual. Por outro lado, caso o argumento seja apresentado de forma oral, como, por exemplo, quando o magistrado decide o processo em audiência, diante das partes, logo após a sustentação oral feita por ambas nas respectivas alegações finais, deve ele capturar a atenção e a memória das partes, utilizando-se para tanto de repetições<sup>626</sup>, aliterações, metáforas, alegorias, ritmo<sup>627</sup> e entonação da voz, sem se descuidar do uso oportuno e conveniente do *páthos* e do *éthos*.

---

<sup>622</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 92.

<sup>623</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>624</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>625</sup> *Ibidem*, p. 94-95.

<sup>626</sup> Como adverte Olivier Reboul, a repetição desempenha, ao mesmo tempo, três funções: memorizar o argumento, emocionar o auditório processual específico e espezinhar a parte contrária, *cf.* REBOUL, *Op. cit.*, 2004, p. 114.

Outro aspecto retórico a ser destacado nessa delimitação do ato de decisão judicial como discurso é o papel desempenhado pela verossimilhança. A verossimilhança é uma característica do objeto da argumentação<sup>628</sup>. Mas não apenas isso. A verossimilhança é um juízo de presunção lastreado na confiança. Disso se conclui, em primeiro lugar, que a verossimilhança se aproveita da confiança e que o ato de decisão judicial só se torna viável não apenas porque desperta confiança na sociedade e no auditório processual, mas, principalmente, porque capta a confiança dos mesmos. Desta forma, já se percebe a importância da pregação da imparcialidade do ato de decisão judicial, vez que sem esse compromisso de fé do magistrado de boa vontade, fica muito difícil capturar a confiança alheia. Mas, como adverte Agostinho Ramalho Marques Neto<sup>629</sup>, citado por Alexandre Morais da Rosa, “quem nos protege da bondade dos bons?”<sup>630</sup>.

Uma segunda inferência que se pode extrair da função desempenhada pela verossimilhança junto ao ato de decisão judicial, compreendido de maneira discursiva, é a de que a verossimilhança, em realidade, é apenas uma bela máscara veneziana que encobre a face dissimulada da ideologia. Tal afirmação decorre da circunstância de ser a verossimilhança um juízo de presunção, vez que se existe uma presunção é porque já há uma escolha prévia por algum valor determinado que acaba sendo eleito como verossimilhante. Mas se há tal escolha, qual a ferramenta que a determina?

A ferramenta, como destaca Warat<sup>631</sup>, Chauí<sup>632</sup>, Faria<sup>633</sup>, Cappelletti<sup>634</sup>, Altrusser<sup>635</sup> e Japiassu<sup>636</sup>, é a ideologia. Isto porque, quando a verossimilhança se presume algo, ela o faz com o escopo de que o ato de decisão judicial provoque um efeito de realidade

<sup>627</sup> O ritmo da frase é música do discurso. A música torna-o mais facilmente memorizável. Ademais, o ritmo também se presta a provocar a atenção do auditório. Provoca-se atenção para se colher a adesão! Cf. REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 115-116.

<sup>628</sup> REBOUL, *Op. cit.*, 2004, p. 95

<sup>629</sup> MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O processo kafkiano. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Direito e Psicanálise – Intersecções a partir de “O Processo” de Kafka**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 101-132.

<sup>630</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Ato infracional: ação pena pública condicionada e privada: de quem é a legitimidade?** Disponível em: <[http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/ato\\_infracional\\_alexandre\\_\\_rosa.pdf](http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/ato_infracional_alexandre__rosa.pdf)>. Acesso em: 11 fev. 2009, p. 7.

<sup>631</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 97.

<sup>632</sup> CHAUI, Marilena de Souza. **O que é ideologia**. 22. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 41-43.

<sup>633</sup> FARIA, José Eduardo. **A crise constitucional e a restauração da legitimidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985, p. 53-55.

<sup>634</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologías, sociedad**. Tradução: Santiago Sentis Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1974, p. 62-67.

<sup>635</sup> ALTUSSE, Louis. Aparelhos ideológicos do Estado. Tradução: Maria Laura Viveiro de Castro. In: **Posições 2**. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 38-42.

<sup>636</sup> JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. Rio de Janeiro: Imago, 1981, p. 43-45.

(de autenticidade) junto aos que vivenciaram o processo, e este efeito “somente se obtém quando o ideológico entra em cena”<sup>637</sup>.

Não se consigna aqui o papel desempenhado pela ideologia na elaboração do ato de decisão judicial com a finalidade de induzir qualquer solução simplista e ingênua que conduza a uma cruzada contra a ideologia. Não há, com tal advertência, o desejo de resgatar a imparcialidade perdida do ato de decisão judicial, simplesmente porque esta nunca existiu e nem pode existir. E deve-se desconfiar de quem acredita na sua existência e defesa. A imparcialidade é um artifício ideológico que se aproveita do sentimento infantil dos homens de boa vontade. Portanto, quando se destaca aqui o papel da ideologia na fundação do ato de decisão judicial, a primeira finalidade que se tem é a de denunciar a ocorrência dessa interferência.

Essa denúncia não é feita para que se proponha um caminho para o ato de decisão judicial que supere a ideologia. Se o ser humano é um ser linguístico (assim como a existência), ideias, valores e símbolos – matérias-primas da ideologia – lhe são inevitáveis. Logo, o segundo objetivo, ao se enfatizar a importância da ideologia na formatação do ato de decisão judicial, é o de se constatar que não há meios para afastar a ideologia da existência humana. A história já ensina que ideologias não são afastadas, apenas são substituídas. Assim, o que cabe ao ato de decisão judicial amadurecido não é encobrir ideologias, mas explicitá-las e colocá-las em confronto. Não há decisão judicial autenticamente democrática sem que se incentive o conflito de ideologias<sup>638</sup>.

Denunciar ideologias, e admitir que o ato de decisão judicial com elas convive, em nada se contrapõe à adoção de uma compreensão desconstrutivista do discurso jurídico. O objetivo visado, ao se adotar uma compreensão desconstrutivista do discurso do ato de decisão judicial, é exatamente viabilizar, por meio de tal ferramenta linguística, a denúncia da interferência que a ideologia exerce na sua elaboração. Já que desconstruir é desmontar, conseguir-se-á, então, por meio do desmonte, perceber com maior nitidez as peças que compõem o discurso do ato de decisão judicial. Mas a relevância do mecanismo desconstrutivo não se resume a tal objetivo, revelando ser também a melhor compreensão do fenômeno da persuasão provocada pelo ato de decisão judicial, bem como o melhor entendimento da improbabilidade da comunicação que grifa o mesmo ato, uma vez que este é, também, discurso.

---

<sup>637</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 97.

<sup>638</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 305.

Ressalte-se que a ideologia não é o *ser* que contamina o discurso do ato de decisão judicial. Ideologias não são realidades ontológicas, elas se prendem à verdadeira ontologia humana, a linguagem. Logo, não há qualquer contradição conferir, em um trabalho que visa analisar retoricamente o ato de decisão judicial, um papel de destaque à ideologia. Contradição haveria se nenhuma oração fosse formulada sobre a ideologia, porque, neste caso, o ato de decisão judicial já não seria discurso nem tampouco linguagem. Não há nem discurso nem linguagem livre de qualquer ideologia.

Um último ponto a ser destacado sobre a abordagem retórica do ato de decisão judicial como discurso é o atinente à conclusão da argumentação. Segundo Reboul, a conclusão decorrente do argumento é um acordo entre os interlocutores<sup>639</sup>. Tal acordo, ainda segundo o referido autor, apresenta como características a circunstância de ser mais rico em informações que as premissas que lhe antecedem, o fato de encerrar o debate processual, e, por fim, uma índole controversa. Esta índole decorre da circunstância de que a conclusão, a um só tempo, compromete tanto quem a recusa quanto quem a aceita. É dizer: se a conclusão provém do convencimento, então, pela mesma razão, é contestável.

Feitas tais considerações sobre o aspecto retórico do ato de decisão judicial compreendido como discurso, cabe agora apreciá-lo a partir de uma perspectiva comunicativa. Isto porque há uma intensa relação entre discurso e comunicação. A comunicação é compreendida aqui como gênero que se aproveita das definições de linguagem e de discurso, mas que a elas não se resume. Ou seja, a comunicação, como acentua Luhmann, é a própria seletividade que se constrói na comunicação<sup>640</sup>. E, nesse sentido, a compreensibilidade da comunicação nada tem a ver com uma verdade embutida no texto de lei e com o fato de que seria capturada pelo ato de decisão judicial. A compreensão comunicativa é apenas o requisito para comunicação seguinte. É o elo entre as falas dos atores processuais, que determinam o ato de decisão judicial, a principal fala da cena processual.

A cena processual, então, pode ser entendida como uma cena comunicativa entre os atores processuais da qual resulta o ato de decisão judicial. Nessa cena comunicativa, a palavra escrita é, em princípio, forma cujo *medium* é o som<sup>641</sup>. A comunicação é ambivalente, logo, a palavra que, em um contexto comunicativo, é forma, em outro, é *medium*<sup>642</sup>. É nesse cenário que se encontra o ato de decisão judicial compreendido como discurso, vez que o

<sup>639</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 97.

<sup>640</sup> LUHAMN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 18.

<sup>641</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>642</sup> O *medium* é algo sempre flexível, propício a assumir formas, cf. LUHMANN, *Op. cit.*, 2005, p. 8.

discurso pressupõe a comunicação. Desta forma, o ato de decisão judicial é tanto ato de comunicação quanto evento ambivalente. Se a comunicação é uma realidade inafastável, a ambivalência é uma característica humana inegável. Mas tais características não tornam o ato de decisão judicial, compreendido como discurso, uma comunicação provável. Tais características apontam para a improbabilidade da comunicação.

Improbabilidade que já se revela tanto porque, de acordo com Luhmann, a comunicação não é transferência de informação quanto porque cada indivíduo é um sistema autopoietico fechado<sup>643</sup>. Por um lado, quando se destaca a circunstância de que a comunicação não é transferência de informação, disso resulta seu caráter multiplicador<sup>644</sup>. Por outro, quando se enfatiza o argumento de que cada indivíduo é um sistema autopoietico fechado, chama-se atenção para a incapacidade dos símbolos, linguísticos ou não, de apreenderem as ideias<sup>645</sup>.

O discurso comunicativo do ato de decisão judicial revela-se um discurso deveras improvável, vez que é marcado pelo abismo gnosiológico da linguagem e não tem por finalidade exclusiva a transferência de informação ao auditório processual, priorizando, em verdade, a multiplicação das informações colhidas ao longo do processo. O ato de decisão judicial, assim, não se resume a transmitir uma mensagem persuasiva e de poder, antes se presta a multiplicar, também, as mensagens que teve acesso durante o curso do processo. Multiplicar é, primeiramente, captar as informações trazidas ao processo, e, num segundo momento, selecionar as informações que são úteis ao ato de decisão judicial, amplificando-as por fim.

Desta forma, quando se suscita o caráter multiplicador da comunicação, deseja-se evidenciar que o ato de decisão judicial não se limita a transmitir informação ao auditório processual porque de nada se desfaz<sup>646</sup>. Antes, o ato de decisão judicial, porque entendido como comunicação, desencadeia uma profusão de informações<sup>647</sup> que aumentam tanto a probabilidade de refutação da mensagem<sup>648</sup> que ele próprio veicula como proporciona mais uma informação casuística para um desordenado sistema jurídico, amplificando a sensação de insegurança jurídica instalada na pós-modernidade e cristalizada na crise de legitimidade que contamina o ato de decisão judicial. Isto porque o ato de decisão judicial, agora, apresenta-se

<sup>643</sup> LUHAMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 7.

<sup>644</sup> *Idem*. **A improbabilidade da comunicação**. 4. ed. Tradução: Anabela Carvalho. Lisboa: Vega Limitada Passagens, 2006, p. 40-42.

<sup>645</sup> *Ibidem*, p. 43-45.

<sup>646</sup> LUHMANN, *Op. cit.*, 2005, p. 7.

<sup>647</sup> LUHMANN, *Op. cit.*, 2006, p. 39-41.

<sup>648</sup> *Ibidem*, p. 46-47.

como uma possibilidade de consenso casuístico entre os atores comunicativos do processo, juiz e partes.

Esclarecer os aspectos acerca da improbabilidade da comunicação figura-se relevante quando se pretende dissertar sobre a índole discursiva do ato de decisão judicial. Tal relevância decorre, em primeiro lugar, da necessidade de se estabelecer uma noção mais precisa quanto à possibilidade de consenso entre as partes que se comunicam. E, em segundo lugar, porque o ato de decisão judicial, considerado como discurso, exige que se tenha uma exata dimensão da improbabilidade da comunicação.

Deseja-se assinalar, quanto à possibilidade de consenso casuístico, que tal circunstância acaba por ocasionar que o próprio ato de decisão passe a ser definido em função do discurso<sup>649</sup>. O ato de decisão judicial torna-se, assim, auto-referente, vez que constrói seus próprios pressupostos, e não se legitima a partir de elementos alheios ao discurso. É o discurso que o produz e que o reproduz. Um discurso que demanda um conjunto organizado de participantes. O ato de decisão judicial converte-se em ato com potencialidade para criar um consenso. Não o consenso racional como quer Habermas<sup>650</sup>, mas um consenso casuístico, precário, temporário. Um consenso retórico<sup>651</sup>. Um consenso que se altera de acordo com o contexto linguístico no qual se encontra inserido.

Desta forma, o discurso no qual consiste o ato de decisão judicial não é um discurso qualquer. É o discurso que “inventa sua própria memória num pulsar constante, em que o sistema se expande e se contrai com cada redundância e com cada nova seleção”<sup>652</sup>. E, observado tal discurso a partir de uma lente retórica, o ato de decisão judicial ganha novas cores. Cores que irão caracterizar o seu discurso. Cores como o seu auditório processual (as partes e a sociedade) e sua índole histórico-reconstitutiva<sup>653</sup>. Índole que se volta para o passado, mas aponta para o futuro. Futuro que interessa ao ato de decisão judicial: a decisão do caso. E a decisão do caso, conservando a sua feição discursiva, encontra-se, agora, estruturada a partir de argumentos. Argumentos entimemáticos e exemplificativos.

---

<sup>649</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 248.

<sup>650</sup> HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação** – ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 99-134.

<sup>651</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 248.

<sup>652</sup> LUHAMNN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro Marcondes Filho. Prefácio de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 8.

<sup>653</sup> Como salienta Franco Cordero, o fato julgado é sempre reconstituição histórica de fatos pretéritos, *cf.* CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Tradução: Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000, p.14.

Argumentos orientados axiologicamente e organizados metodologicamente, tanto de forma dedutiva (silogismo) quanto de maneira indutiva (jurisprudência)<sup>654</sup>.

Deste modo, o ato de decisão judicial converte-se em ato desconfiado da verdade. Ele já não a aspira, pois a “verdade está no *todo*, não na parte; e o todo é demais para nós”<sup>655</sup>. Se o ato de decisão judicial é discurso que pretende uma certeza, esta certeza é a escolha. A escolha que se constitui no drama do processo<sup>656</sup> e que obriga o ato de decisão judicial a conviver com a dúvida. Dúvida que não é dirimida pela razão, mas que é contornada pela relação espiral entre aquela e a emoção (*páthos*) na composição do ato de decisão judicial.

Eis que, então, o ato de decisão judicial revela o seu aspecto mais peculiar, o aspecto ambivalente. Aspecto mostrado na composição racional-emocional do ato de decisão judicial, e que também caracteriza a comunicação discursiva retórica que o individualiza. Isto porque a ambivalência não é a marca da carência da humanidade, é própria da humanidade. Assim como não há ser humano inteiramente bom ou ruim, também não há ato de decisão judicial completamente verdadeiro ou falso. E, na era pós-moderna, o ato de decisão judicial precisa conviver também com esta circunstância, a circunstância de ser ambivalente. Como ambivalente é o tempo que individualiza a sua existência. Como ambivalente é a física, que já não despreza a função da ação do sujeito cognitivo (juiz) na composição da realidade que dele decorre (ato de decisão judicial) e que o cerca (processo).

### 3.4.3 O ato de decisão judicial de acordo com a física

O ato de decisão judicial compreendido tanto como linguagem quanto como discurso recebe, também, da física – desenvolvida por Ilya Prigogine – relevante contribuição. Em primeiro lugar, a contribuição de Prigogine é excelente recurso persuasivo para uma compreensão retórica do ato de decisão judicial, vez que, se a física já constata o fim das certezas<sup>657</sup>, o que dizer do ato de decisão judicial? Não se quer com tal artifício retórico conferir qualquer superioridade à física diante do direito, o que se deseja é convencer o auditório processual e a comunidade jurídica da impossibilidade de certeza do ato de decisão

<sup>654</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47.

<sup>655</sup> “[...] *verità è che in tutti, non è in parte; e il tutto è troppo per noi.*”, cf. CARNELUTTI, Francesco. “Verità, dubbio e certezza”. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XX (II serie). Roma: 1965, p.1-2.

<sup>656</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida E Certeza”, de Francesco Carnelutti, Para os operadores do Direito. In: Carvalho, Salo *et al.* **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos** (2001/2002). Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002, p. 40-41.

<sup>657</sup> PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas. Tempo, caos e leis da natureza**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 1996, p. 9.

judicial, valendo-se, para tanto, de uma premissa equivocada da modernidade, qual seja, uma suposta superioridade das ciências exatas em relação às ciências sociais. Em suma, usa-se a modernidade contra a modernidade.

A segunda contribuição que a física desenvolvida por Ilya Prigogine propicia ao ato de decisão judicial é a de redimensionar o papel do tempo<sup>658</sup> na pós-modernidade e, em especial, no processo penal contemporâneo. O tempo do ato de decisão judicial nos dias atuais já não é mais o tempo de Newton: reversível, uniforme, das certezas, dominado pelas leis elaboradas pela física, capazes de propiciar verdades universais e atemporais<sup>659</sup>. O tempo de hoje é o tempo do agora. O tempo instável, irreversível, caótico, incerto, cuja previsibilidade é limitada. Em suma, um tempo crivado por escolhas múltiplas<sup>660</sup>.

Escolhas que se mostram mais diversificadas à medida que mais problemáticas se tornam. Assim como problemático se revela o ato de decisão judicial, não apenas por conta da variedade de escolhas em que consiste<sup>661</sup>, mas também em razão do tempo do agora que o caracteriza. Tempo de crise. Da crise de um ato de decisão judicial transfixado por tantas possibilidades. As mesmas possibilidades que acabam por explicitar a falta que individualiza o ato de decisão judicial: falta de certeza, de verdade, de legitimidade.

Falta que é amplificada pela circunstância do ato de decisão judicial pretender monopolizar a resolução dos conflitos, e, por conta disso, não poder se recusar a oferecer resposta a qualquer conflito. Por conseguinte, quando o tempo se torna irreversível, o ato de decisão judicial vê-se diante do seguinte dilema: de um lado, sua demora agrava o conflito real entre os envolvidos no processo, de outro, o excesso de velocidade com que venha a ser proferido compromete a confiança que nele é depositada pelo auditório processual.

Enquanto a física do século XXI não tem mais por objetivo descrever uma verdade estável, ou qualquer verdade, o ato de decisão judicial, a exemplo do que ocorre no processo penal, prende-se a uma verdade real, ou mesmo a uma verdade processual. É Ilya Prigogine que, ao criticar Einstein, ensina importante lição a ser aplicada ao ato de decisão judicial na contemporaneidade, a lição da relevância do tempo e o papel do sujeito cognitivo na

---

<sup>658</sup> PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas. Tempo, caos e leis da natureza**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 1996, p. 9.

<sup>659</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>660</sup> *Ibidem*, p. 14-15.

<sup>661</sup> No processo penal, a escolha entre condenar, absolver, declarar ou constituir. Mas não apenas estas, pois, uma vez realizada a primeira escolha, surge, gradativamente, um desdobramento de escolhas, a exemplo da escolha entre absolver por falta de provas ou por inexistência da prática de fato delituoso. Decidir é escolher entre algumas ou muitas possibilidades.

percepção do objeto cognoscível<sup>662</sup>. Não é possível apreciar o ato de decisão judicial nos dias atuais sem destacar as funções determinantes do tempo do processo e do sujeito cognitivo que o elabora, o juiz. Assim como a fórmula subestima o tempo, vez que é estática e deduz o futuro a partir do presente<sup>663</sup>, a lei menospreza o tempo do ato de decisão judicial, à medida que desconsidera a individualidade do caso.

Se o tempo, como ressalta a física, é uma realidade irreversível, e se o sujeito é um fator determinante do objeto perceptivelmente construído, então, o ato de decisão judicial não obtém e não pode pretender certeza. A certeza, como destaca Prigogine, é o resultado do arbítrio do sujeito cognitivo que determina e controla por um período de tempo as variantes por ele imagináveis<sup>664</sup>.

Mas será que algum sistema jurídico – ou algum juiz – imagina e controla todas as variantes possíveis que interferem ao longo do tempo do processo no ato de decisão judicial? Não é preciso grande esforço de raciocínio para se constatar que a resposta é negativa. É essa constatação que leva Prigogine a inferir que, quando a física passa a ser compreendida a partir de leis, ou as leis deixam de ser física ou a física deixa de ser física. A física não é um conjunto de fórmulas universais e atemporais<sup>665</sup>. A física é processo<sup>666</sup>, assim como também é o ato de decisão judicial.

O ato de decisão judicial é processo dialético de índole histórica. Processo que, sob a perspectiva do tempo, se mostra como processo, vez que se, por um lado, o tempo do ato de decisão judicial pode ser percebido como convenção linguística, por outro, também pode ser entendido como fator externo à linguagem e que nela interfere. Ora, se o ato de decisão judicial pode, ao mesmo tempo, relacionar-se sob esses dois ângulos com o tempo que trespassa o processo judicial, conclui-se que tempo e linguagem relacionam-se de forma dialética e que ambos testemunham a impossibilidade de certeza do resultado do experimento<sup>667</sup>, o ato de decisão judicial.

---

<sup>662</sup> ZOHAR, Dannah. **O ser quântico**. Tradução: M. A. Van Acker. São paulo: Editora Best Seller, 1990, p. 41-53.

<sup>663</sup> PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas. Tempo, caos e leis da natureza**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 1996, p. 19.

<sup>664</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>665</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>666</sup> Prigogine define processo como a combinação imprevisível entre tempo e velocidade, *cf.* PRIGOGINE, *Op. Cit.*, 1996, p. 19.

<sup>667</sup> MONOD, Jacques. **O acaso e a necessidade** – ensaio sobre a filosofia natural da biologia moderna. Tradução: Bruno Palma e Pedro Paulo de Sena Madureira. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1971, p. 141-142.

Desta forma, torna-se possível perceber que o problema do tempo do ato de decisão judicial é o problema da significação da existência humana<sup>668</sup>. Quando se consegue compreender de forma clara essa circunstância, logo se entende que o tempo fixado pela lei<sup>669</sup>, ou o que se tem como expectativa do processo judicial<sup>670</sup>, é um tempo arbitrário, descomprometido com a existência do ato de decisão judicial, mas altamente vinculado à possibilidade de oferta de certeza aos que a ele serão submetidos. Portanto, o tempo do processo que determina o ato de decisão judicial é um tempo arbitrário<sup>671</sup>. Arbitrário não apenas porque seleciona um dado momento do caso que será apreciado pelo ato de decisão judicial, desprezando o momento que lhe antecede, mas também porque resulta da sucessão de escolhas dos seres humanos envolvidos na apreciação desse mesmo caso (a autoridade policial, o promotor público, o juiz, dentre outros).

É possível concluir, diante do até aqui exposto, ainda que inicialmente, que o ato de decisão judicial é, a um só tempo, evento histórico e aparência de escolha<sup>672</sup>. Admitindo-se como certas tais ilações, fácil é inferir que o ato de decisão judicial, também por essas razões, é ato impossibilitado à percepção de certezas sobre o caso colocado sob sua apreciação. E as premissas que determinam tal conclusão são facilmente observáveis a partir da interferência do tempo.

Não é difícil constatar, no que concerne à circunstância relativa ao evento histórico, que o tempo impede que tudo que interfere no ato de decisão judicial seja dado de uma só vez. Por outro lado, no que concerne à aparência de escolha, fácil é constatar que o tempo, além da linguagem, inviabiliza a possibilidade de sua existência, vez que toda escolha é ato limitado pelas possibilidades de conhecimento disponível no momento da decisão, bem como porque o ser humano não se relaciona com a realidade em si<sup>673</sup>.

Portanto, a partir do esclarecido acima, torna-se perceptível que o ato de decisão judicial, imerso em um tempo processual irreversível, é apenas uma aparência de escolha. Aparência que decorre, como salienta Prigogine, da circunstância de que só é possível haver escolha quando se pressupõe o triunfo da razão sistemática e determinista sobre a

<sup>668</sup> PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas. Tempo, caos e leis da natureza**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 1996, p. 21.

<sup>669</sup> Tem-se como exemplo o tempo fixado pelo Código Penal como tempo do crime (CP, artigo 4º).

<sup>670</sup> O tempo que se tem como expectativa do processo judicial é aquele que resulta da soma dos prazos processuais prescritos pela lei.

<sup>671</sup> Como ressalta Ilya Prigogine, o tempo que perpassa as leis da física é um tempo arbitrário, porque seleciona um dado momento da experiência, desprezando os instantes antecedentes e subsequentes, *cf.* PRIGOGINE, *Op. cit.*, 1996, p. 21.

<sup>672</sup> PRIGOGINE, *Op. cit.*, 1996, p. 21.

<sup>673</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 249.

instabilidade do evento<sup>674</sup>. O ato de decisão judicial só pode ser admitido como escolha se se pressupõe tanto sua imersão em um tempo reversível e convencionalmente estabelecido por meio de lei quanto sua contextualização em um sistema jurídico que determina não apenas suas possibilidades de escolha, bem como o controle do tempo.

Consideradas as abordagens desenvolvidas ao longo desse capítulo sobre a linguagem e o discurso, bem como a defesa de uma compreensão retórica e desconstrutiva do ato de decisão judicial, fácil é concluir que a concepção que aqui se sustenta sobre o ato de decisão judicial é, em última análise, uma concepção de caráter cético<sup>675</sup>. Cética porque desconfiada de uma análise sistemática do ato de decisão judicial, e também porque duvidosa da importância que se atribui ao tempo e à escolha na confecção do mesmo.

É exatamente porque é cética, que tal compreensão não deve ser compreendida como uma concepção evolucionista do ato de decisão judicial. Não é o que se deseja realçar quando se acentua a feição dialético-processual do referido ato. Processo não é o mesmo que evolução<sup>676677</sup>. Processo é apenas o desencadear, de forma simultânea, de diferentes circunstâncias ao longo de um período de tempo.

As circunstâncias podem ser compreendidas como progressivas ou como regressivas, mas que, em todo caso, se dão ao mesmo tempo. Perceber de outra forma o processo no qual se desenrola o ato de decisão judicial é desprezar o indeterminismo e a assimetria do tempo<sup>678</sup>. Quando se compreende essa circunstância, logo se verifica que não é a seleção que determina a evolução, é a evolução que pressupõe uma seleção, a seleção sistemático-moderna.

Pergunta-se: o ato de decisão judicial seria, então, o resultado de um processo dialético marcado pelo tempo e caracterizado por uma escolha aparente? A resposta é não. Então, tudo que até aqui foi explanado é desnecessário para compreender o ato de decisão judicial a partir das contribuições da física? Também não. As explicações até agora desenvolvidas são úteis à compreensão do ato de decisão judicial, mas não são suficientes antes que se explicita uma outra contribuição proporcionada pela física, a da impossibilidade de uma dialética real na constituição do ato de decisão judicial. E, pergunta-se, qual a causa dessa impossibilidade? A causa da impossibilidade de uma efetiva dialética entre as partes na

<sup>674</sup> PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas. Tempo, caos e leis da natureza**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 1996, p. 22.

<sup>675</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>676</sup> *Ibidem, p. 23.*

<sup>677</sup> Em sentido diverso, mas com uma interessante abordagem sobre o entrelaçamento entre os conceitos de evolução e linguagem, cf. MONOD, Jacques. **O acaso e a necessidade**. Tradução: Bruno Palma e Pedro Paulo de Sena Madureira. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1971, p. 147-151.

<sup>678</sup> PRIGOGINE, *Op. cit.*, 1996, p. 23.

composição do ato de decisão judicial é a constatação de que a isonomia entre elas é, no máximo, um tipo ideal<sup>679</sup>, assim como o são a democracia<sup>680</sup> e o livre-arbítrio.

É dizer, a modernidade, como assinala Robert Kurz, deslocou o significado do conceito de desigualdade da pura diversidade dos indivíduos para a subordinação de um indivíduo ao outro<sup>681</sup>. E esse deslocamento interessa ao ato de decisão judicial inserido em um contexto sistemático, vez que propicia, ao mesmo tempo, o encobrimento da desigualdade entre as partes e o da subordinação destas ao ato de um outro indivíduo do processo, o juiz. O mito da isonomia entre as partes encobre a impossibilidade de que venha a ocorrer um processo dialético real na constituição do ato de decisão judicial. Quanto melhor o disfarce, mais assegurada estará a perpetuidade da impressão de participação das partes no ato de decisão judicial.

Por fim, mas não por isso menos importante, importa assinalar, mais uma vez com amparo em Prigogine, que a irreversibilidade da flecha do tempo implica a desordem do sistema e a ordem do problema<sup>682</sup>. E qual a relevância de tal assertiva no que toca ao ato de decisão judicial? A relevância reside na circunstância de que a irreversibilidade da flecha do tempo que perpassa o processo judicial acaba por determinar tanto a natureza de problema casuístico do ato de decisão judicial quanto a entropia do sistema jurídico. Essa conjunção de fatores, por sua vez, apresenta como consequências possíveis a resolução do conflito processual e efeitos colaterais nocivos ao conflito real<sup>683</sup>. O que se pode esperar, então, do ato de decisão judicial diante dos possíveis objetivos do processo?

#### 3.4.4 O ato de decisão judicial e os objetivos do processo

Diante de todas as considerações prévias já desenvolvidas e expendidas, torna-se tarefa mais singela sintetizar a circunstância de que, a depender da concepção de linguagem

<sup>679</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade** – Fundamentos da sociologia compreensiva. v. II. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília-DF: Editora Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999b, p. 142-154.

<sup>680</sup> Conforme salienta Friedrich Müller, com a globalização “a sociedade se despedaçará: ‘O capitalismo convive com isso, mas não a democracia’. A democracia praticada pelo Capital nem mesmo pode ser rotulada como a de tipo ideal, antes parece consistir em um sistema de exclusão social. E, onde a exclusão social prospera, a democracia fenece”. Cf. MÜLLER, Friedrich. Globalização, exclusão social e democracia. **Anais**. Salvador, 11-15 nov. 2002. v. I. Brasília: 2003.

<sup>681</sup> KURZ, Robert. Um sonho de liberdade. Tradução: Luiz Repa. **Folha de São Paulo**. Coluna: + autores. Caderno mais!. Exemplar do dia 16 jan. 2005, p. 8.

<sup>682</sup> PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas. Tempo, caos e leis da natureza**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 1996, p. 29-30.

<sup>683</sup> HASSEMER, Winfried. **História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra** seguido de **A Segurança Pública no Estado de Direito**. Lisboa: Associação acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995, p. 110-111.

que regule o ato de decisão judicial, este estará atrelado a diferentes objetivos de processo. Isto porque, se compreendido a partir de uma leitura retórica, o ato de decisão judicial redundaria em um consenso casuístico. Contudo, se observado sob o ângulo objetológico, apresenta como objetivo o alcance da verdade por meio de um processo<sup>684</sup>. Tem-se, assim, um duelo de objetivos que se pode atribuir ao ato de decisão judicial: de um lado, um ato voltado à verdade, seja ela real, material ou processual; de outro, um ato orientado ao consenso.

Em razão de todo o exposto, resulta manifesto que, de acordo com a tese aqui sufragada, o ato de decisão judicial deve ser analisado a partir de uma concepção retórica, e que, por esse motivo, deve ter como objetivo a construção de um consenso casuístico mediante o (des)envolvimento do processo. (Des)envolvimento que é grafado desta forma para mais uma vez anotar que o consenso retórico que aqui se sustenta não resulta do envolvimento das partes que poderia vir a ser reproduzido na composição do ato de decisão judicial, mas que se demonstra como um consenso decorrente de um envolvimento aparente daquelas.

Todavia, como adverte Adeodato, “esse consenso significativo é também retórico”, vez que “não é necessariamente fruto de um acordo real sobre tal ou tal critério de solução de conflitos”, antes disso se distingue, uma vez que pode “assumir os mais diversos aspectos, inclusive o de ser apenas presumido ou reduzir-se a uma neutralização ou institucionalização do dissenso e suas possibilidades”<sup>685</sup>. É dizer, o consenso é retórico porque se aproveita de qualquer estratégia para garantir o convencimento dos envolvidos no processo. Retórico se revela o consenso porque sua estratégia se adapta à persuasão de que o ato de decisão judicial necessita provocar. Em suma, quando o ato de decisão judicial apresenta-se como consenso retórico, o consenso retórico é tática em constante metamorfose.

Assim se apresenta o consenso retórico em que consiste o ato de decisão judicial, não apenas porque tudo que está “além ou aquém da evidência, ou seja, todo âmbito as relações humanas” seja indubitavelmente de índole retórica. O consenso retórico em que consiste o ato de decisão judicial decorre também do fato de que aquele se revela, em última instância, como uma espécie de “moral provisória”. Uma moral que orienta o magistrado ao longo do processo. A “única moral possível para um ser humano carente”<sup>686</sup>. A moral provocada decorrente da linguagem, orientada por uma ideologia e predisposta ao convencimento.

---

<sup>684</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 247.

<sup>685</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>686</sup> *Ibidem, loc. cit.*

#### 4 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL: POR UMA PERSPECTIVA ONTOLÓGICA

A alienação perante o texto consistiria em que, no próprio ato de ‘alguém compreender perante o texto’, essa compreensão fosse alienante, estranha, contrária aos interesses éticos do leitor. O texto transformaria o leitor em instrumento daquela ‘coisa que é o texto’, seria uma manipulação, uma propaganda. O leitor estaria sendo apenas um ‘público, um mercado, um ‘seguidor’ do conteúdo do texto: mediação instrumental do texto. [...] É assim que o criador do texto também poderá se transformar numa mediação para a realização social do texto; da mesma forma como o criador do valor do capital (devido à mais-valia acumulada) poderá se transformar numa mediação para a realização do capital. Em ambos os casos foi provocada uma ‘inversão fetichista’: a pessoa transformou-se em coisa (mediação) e a coisa (o texto ou o capital) se transformou, por assim dizer, em pessoa. (DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação**: crítica à ideologia da exclusão. Tradução: Georges I. Maissiat. São Paulo: Editora Paulus, 1995, p.29-30).

SUMÁRIO: 4.1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL: UMA CONCEPÇÃO ONTOLÓGICA. 4.2 ESCLARECIMENTOS EM TORNO DA ONTOLOGIA. 4.3 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E OS ENTIMEMAS. 4.4 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL NO CONTEXTO DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL. 4.5 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E A ASCESE.

A motivação que anima a elaboração do presente capítulo é a indagação quanto ao possível caráter ontológico do ato de decisão judicial. Tomando-a como esboço da estrutura deste capítulo, logo se suspeita de que a hipótese que o orienta é a tese de que o ato de decisão judicial, apesar de seu caráter retórico até aqui ressaltado, também apresenta um inafastável ângulo ontológico<sup>687</sup>. Ou seja, o motivo é a indagação, a hipótese é a demonstração. Mas, em vez do verbo demonstrar, melhor não seria o verbo sustentar? Em verdade, pouco importa. Como se destacou no capítulo anterior, a diferença entre argumentar e demonstrar é apenas aparente.

O certo é que, diante da hipótese que conduz este capítulo, cada item converte-se em argumento. E o primeiro argumento a ser exibido é o esboço das razões que fundamentam uma concepção ontológica do ato de decisão judicial. Feito isto, com o escopo de consolidá-las, passa-se aos esclarecimentos em torno do que se compreende por ontologia, de sorte a melhor delimitá-la.

---

<sup>687</sup> LYOTARD, Jean-François. **A Condição-Pós Moderna**. Tradução: Wilmar do Valle Barbosa. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2006, p. 37.

Depois de esclarecida a concepção ontológica do ato de decisão judicial, torna-se importante constatar como ela é compatível com o emprego de entimemas<sup>688</sup> e como esta relação se consolida. Delimitado estes dois aspectos do ato de decisão judicial, resta analisá-lo no contexto de uma teoria da argumentação judicial<sup>689</sup> e como o mesmo se aproveita da ascense<sup>690</sup> para uma melhor persuasão de um específico auditório, o auditório processual.

À medida que cada item for sendo apresentado, ficará cada vez mais evidente a relevância deste capítulo para o objetivo da dissertação, isto é, o de demonstrar que o ato de decisão judicial possui uma estrutura retórica com inafastável alicerce ontológico. Desta forma, como já é possível perceber, a hipótese do presente capítulo, em grande medida, confunde-se com o objetivo da dissertação.

Mas não é apenas tal circunstância que aponta para a necessidade da confecção de tal capítulo. O quinto e último capítulo já assinala o destaque que deve lhe ser conferido. Isto porque se torna tarefa difícil compreender a impossibilidade de um ato de decisão judicial completamente imparcial e a provável e persuasiva influência que o mesmo sofre por parte da televisão, em especial no processo penal, sem que antes se tenha consciência quanto à sua estrutura retórica e seu inafastável alicerce ontológico.

#### 4.1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL: UMA CONCEPÇÃO ONTOLÓGICA

Existe certa tendência doutrinária, na seara da Filosofia do Direito, em recusar uma concepção ontológica do ato de decisão judicial. Esta circunstância decorre de um entendimento demasiado estreito que se tem sobre o que se compreende pelo caráter ontológico do ato de decisão judicial. “Na própria expressão ‘essencialismo’, corolário imposto a toda e qualquer ontologia por seus adversários, parece haver um sentido pejorativo, associado a um pensamento escolástico”<sup>691</sup> incompatível com uma compreensão pós-moderna do ato de decisão judicial. O que, aliás, não é motivo de grande perplexidade. “Desde a Antiguidade se conhece e emprega o artifício retórico pelo qual se radicaliza o ponto de vista

<sup>688</sup> ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007, p. 125-128.

<sup>689</sup> No sentido que lhe empresta Katharina Sobota, *cf.* SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, n. 7. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 251-273.

<sup>690</sup> PLATÃO. **O Banquete**. Tradução: João Cavalcante de Souza. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, *passim*.

<sup>691</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 249.

contrário para melhor combatê-lo”<sup>692</sup>. Todavia, é preciso despertar para uma nova abordagem do ato de decisão judicial, uma abordagem ontológica de contornos mais amplos.

Como já foi destacada na introdução deste trabalho, uma concepção ontológica do ato de decisão judicial não corresponde necessariamente a uma abordagem *objetológica estática*<sup>693</sup> que se desenvolva sobre o mesmo. Isto é, uma análise ontológica do ato de decisão judicial não se presta a ser “uma teoria de objetos prontos e acabados, ensimesmados e indiferentes à relação cognoscitiva. Depois de Kant isso não é mais possível”<sup>694</sup>. Compreender o ato de decisão judicial como a verdade capturada pela linguagem e que se encontra à disposição do aparelho cognoscitivo do ser humano pleno, o magistrado, é sustentar uma concepção objetológica do ato de decisão judicial. Contudo, esta sustentação em nada se confunde com uma abordagem ontológica que se faça sobre o ato de decisão judicial.

Isto porque desenvolver uma abordagem ontológica do ato de decisão judicial implica, assim como assevera a postura retórica, admitir que a relação entre o ser humano (magistrado) e o ambiente (o evento real, ou caso real) é, necessariamente, uma relação intermediada pela linguagem. Circunstância que, conforme se destacou no capítulo terceiro, também caracteriza a “interação entre outras espécies de seres vivos e o mundo..., independentemente da língua e do fato de estarem ou não biologicamente vinculados a um ambiente determinado”<sup>695</sup>. Todo ser vivo apresenta um aparato sensitivo (gnosiológico) mediante o qual se relaciona com o ambiente que o rodeia.

Entretanto, esse cabedal sensitivo faz um *recorte* da realidade, de modo que o juiz, quando da confecção do ato de decisão judicial, tenha capacidade de conviver com a multidão de informações que recebe do ambiente na forma de estímulos antes e durante o curso do processo judicial. De outra forma, o magistrado ver-se-ia atordoado diante de tantas informações sobre o caso, o que comprometeria o seu ato de decisão, bem como o deslinde do conflito processual. Contudo, o arsenal sensitivo que seleciona algumas percepções do evento

---

<sup>692</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 249.

<sup>693</sup> Adeodato assinala com clareza e precisão a distinção entre uma análise objetológica estática e uma compreensão ontológica do objeto cognitivo. A abordagem ontológica do ato de decisão judicial que será desenvolvida neste capítulo encontra-se escorada na lição do professor pernambucano porque permite uma exata distinção entre as concepções ontológica e objetológica do ato de decisão judicial e porque se demonstra compatível com as contribuições prestadas pela retórica ao ato de decisão judicial. Cf. ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 249.

<sup>694</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 249.

<sup>695</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 250. Consulte-se, ainda, KRECH, David; CRUTCHFIELD, Richard. **Elementos de psicologia**. v. I. Tradução: Dante e Miriam Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1973, p. 40-48.

real para viabilizar o ato de decisão judicial é o mesmo que revela a impossibilidade do ato de decisão judicial apreender o caso real em toda a sua plenitude.

Mas esse fenômeno não é privilégio do ato de decisão judicial, ele também caracteriza “as frequências sonoras, a visão, os odores, cuja percepção varia enormemente de um ser vivo para outro. O que ‘existe’ para um é completamente ignorado por outros”<sup>696</sup>. Porém, fazer tal afirmação não significa que qualquer vocábulo possa ser utilizado em qualquer contexto ou, ainda, que o ato de decisão judicial, tomado como ato cognitivo, seja ato totalmente relativo<sup>697</sup>. Uma concepção ontológica do ato de decisão judicial não é inteiramente relativa, como quer a retórica, nem completamente absoluta, como sustenta a objetologia. Antes se apresenta como uma concepção consciente da importância da linguagem para a formação do ato de decisão judicial, além de diferenciada, no sentido que lhe empresta Derrida<sup>698</sup>. Diferenciada tanto porque alheia à oposição binária entre objetologia e retórica quanto porque distinta de uma concepção aristotélica de equidade<sup>699</sup>.

Entretanto, a concepção ontológica defendida neste capítulo quanto ao ato de decisão judicial não despreza as contribuições que a retórica possa lhe oferecer nem é incompatível com ela, antes a pressupõe. Mesmo quando se analisa o ato de decisão judicial a partir do ângulo da retórica jurídica, considerada sua vertente mais analítica – “a qual se abstém de quaisquer afirmações que tenham por cópula o verbo *ser* e se define como radicalmente não ontológica”<sup>700</sup> –, ainda assim o ato de decisão judicial não deixa de ter como pressuposto lógico uma concepção ontológica. Por isso, quando a retórica proposta por Otmar Ballweg nega qualquer feição ontológica ao ato de decisão judicial ou se lamenta acerca da ausência de uma linguagem adequada para representar supostas relações desprovidas de caráter ontológico<sup>701</sup>, “é ela também vítima da aceitação irrefletida do conceito de ontologia desenvolvido pela escolástica [...], vítima da tradição platônica e da autoridade de certas passagens contidas na obra de Aristóteles”<sup>702</sup>. Isto porque o ato de decisão judicial,

<sup>696</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 250.

<sup>697</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>698</sup> DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença**. Tradução: Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 29-30.

<sup>699</sup> ARISTÓTELES, **A Política**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 123-127.

<sup>700</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2007, p. 250.

<sup>701</sup> BALLWEG, Otmar. Retórica analítica e direito. **Revista Brasileira de Filosofia**, n.163, fasc. XXXIX. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991, p. 181-184.

<sup>702</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2007, p. 250.

antes de ser ato de persuasão, é, também, comunicação, ainda que esta seja uma possibilidade improvável<sup>703</sup>.

Defender uma concepção ontológica do ato de decisão judicial não resulta compreendê-lo como ato apto a “descrever objetos de conteúdo definido para todo o sempre, muito embora esta posição essencialista seja também ontológica”<sup>704</sup>. “Uma ontologia qualquer é logicamente inevitável, ela fornece o pressuposto *ôntico* e *lógico* de qualquer gnoseologia”<sup>705</sup>, porquanto somente a partir de uma ontologia é viável a articulação de um vocábulo a outro, a tentativa de associá-lo a uma ideia qualquer, ou, ainda, a utilização dele dentro de um determinado contexto. Por tudo isso, o ato de decisão judicial, ainda que sensível às contribuições proporcionadas pela retórica, como aqui se advoga, possui, necessariamente, uma faceta ontológica, vez que, enquanto ato de linguagem, não pode desprezar as interferências ocasionadas pela sintática, pela semântica e pela pragmática quando de sua elaboração e aplicação. Se o ato de decisão judicial é uma assertiva ontológica, então ele descreve “algo que é”<sup>706</sup>.

Todavia, afirmar que o ato de decisão judicial possui uma faceta ontológica não é conferir papel de destaque exclusivo à linguagem e menosprezar a função desempenhada pela ideologia. Não há linguagem livre de valores<sup>707</sup> e desvinculada de ideias<sup>708</sup>, pois, se os valores são presumidos, as presunções são ideológicas<sup>709</sup>. Logo, não há ato de decisão judicial que, compreendido em sua concepção ontológica, não se encontre sujeito à interferência ideológica. Interferência esta que se demonstra deveras útil ao controle exercido pelo poder, compreendido este enquanto *medium* de comunicação<sup>710</sup>, à medida que, por meio da ideologia, o poder desenvolve sua capacidade de vigia. Vigia não apenas de cima para

<sup>703</sup> LUHAMNN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 7.

<sup>704</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 250-251. Cláudio Souto advoga a tese de que é inevitável a circunstância de ter o Direito um conteúdo definido, cf. SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito**: uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: Fabris, 1992, *passim*.

<sup>705</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2007, p. 251.

<sup>706</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>707</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Tradução: João Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 78-90.

<sup>708</sup> Somente as onomatopéias parecem não se associar às ideias. Ou seja, somente no caso das onomatopéias parece não haver a preocupação com a correlação entre significantes e significados. Cf. DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**: O “Fundamento místico da autoridade”. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 84-85.

<sup>709</sup> É o próprio Olivier Reboul que acrescenta, ainda, que as presunções variam conforme as ideologias e os auditórios processuais específicos. Cf. REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 165.

<sup>710</sup> FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade e a Justiça**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 35-46.

baixo<sup>711</sup> ou de baixo para cima<sup>712</sup>, mas em ambas as direções<sup>713</sup>. O que implica concluir que o ato de decisão judicial, porque compreendido enquanto ato ontológico, além de fiscalizado por meio do artifício ideológico, é, ainda, controlado pelo poder. Sendo certo que o poder controla o ato de decisão judicial, então é certo que os símbolos controlam o ser humano<sup>714</sup>.

O controle que o poder exerce sobre o ato de decisão judicial decorre de um conjunto diversificado de circunstâncias. A primeira delas é a relativa ao fato de ser o ato de decisão judicial, em última análise, ato de poder, vez que se trata de ato atinente ao poder judiciário e de ato que decide o conflito processual. A segunda é a que diz respeito à relação entre conhecimento e poder que caracteriza o ato de decisão judicial subordinado ao modelo do *panopticon*<sup>715</sup>. Relação esta em que o poder, para aprimorar o controle sobre o ato de decisão judicial, vale-se da estratégia de inspecionar a produção do conhecimento durante a instrução do processo, de sorte a melhor fundamentá-lo e, desta forma, dar-lhe a aparência de imparcial.

Se a segunda circunstância diz respeito ao controle exercido pelo poder sobre o ato de decisão judicial, a terceira, por sua vez, refere-se ao controle que ele exerce sobre os atos das partes envolvidas no processo. Nesse sentido, o ato de decisão judicial é compreendido como instituição jurídica que controla os atos dos demais sujeitos do processo a partir do exame<sup>716</sup> que se realiza por meio da ideologia que domina a situação jurídica processual<sup>717</sup>. Nessa qualidade de instituição jurídica, o ato de decisão judicial, a um só tempo, vigia os atos

<sup>711</sup> Vigia a partir dos segmentos sociais mais elevados quanto ao poder que possuem dentro da sociedade. Fala-se, assim, de uma vigia de cima para baixo enquanto vigia de característica hierárquica, cf. FOUCAULT, 2005, p. 97. Consulte-se, ainda, FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Tradução: Raquel Ramalhet. 16. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1997, p. 143-147.

<sup>712</sup> Vigia realizada por aquele que pertence aos segmentos sociais que detêm menos poder dentro do cenário social, mas que incorpora a ideologia dominante e vigia o outro que lhe é semelhante quanto à localização na escala social de poder. Nesse sentido, então, o controle do igual pelo seu igual, resulta de um desejo do *ego* reprimido pelo *superego*, mas realizado pelo *alter*. cf. FOUCAULT, Michel. **A verdade e suas formas jurídicas**. 3. ed. 2. reimp. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Supervisão final do texto: Léa Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005, p. 97-98 e FOUCAULT, Michel. **Estratégia, poder-saber**. Organização e seleção de textos: Manoel Barros Motta. Tradução: Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.241-244.

<sup>713</sup> FOUCAULT, *Op. Cit.*, 2005, p. 97-98.

<sup>714</sup> Utiliza-se aqui a expressão *símbolo* no sentido atribuído por Marcelo Neves, quando menciona a contribuição da psicanálise de Freud sobre esse vocábulo, ou seja, símbolo enquanto construção linguística que tem a capacidade de condensar em si diversas mensagens a um só tempo, possuindo, por isso, um significado latente ou encoberto e um significado manifesto ou à mostra, cf. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 9-13. Ademais, como bem destaca Foucault, os símbolos são utilizados pelo poder como estratégia avançada de controle, cf. FOUCAULT, *Op. Cit.*, 2003, p. 223-228.

<sup>715</sup> O tipo de poder do espírito sobre o espírito que dissemina a sensação de vigia, cf. FOUCAULT, *Op. cit.*, 2005, p. 86-87. Consulte-se, ainda, FOUCAULT, *Op. Cit.*, 1997, p. 162-187.

<sup>716</sup> O termo *exame* é utilizado no sentido que lhe empresta Foucault, ou seja, como instrumento hegemônico do poder, cf. FOUCAULT, *Op. Cit.*, 2005, p. 88. Consulte-se, ainda, FOUCAULT, *Op. Cit.*, 1997, p. 154-161.

<sup>717</sup> MARQUES, Allana Campos. A relação jurídica processual como retórica: uma crítica a partir de James Goldschmidt. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 171-189.

das partes envolvidas no processo do alto da torre<sup>718</sup> processual em que se encontra o juiz, alheio ao objeto e aos sujeitos do processo, bem como produz conhecimento durante a instrução de sorte a aprimorar a vigia<sup>719</sup>. O ato de decisão judicial transforma-se, então, em ato de domesticação<sup>720</sup> dos desejos daqueles que se subordinam ao processo judicial de sorte a controlar as expectativas em jogo.

O conhecimento que se produz no curso da reconstituição histórica do caso – o processo – não descreve o evento real, antes prescreve uma nova realidade, a do conflito processual. O conflito processual que o ato de decisão judicial presta-se a resolver apresenta, assim, a feição de conhecimento normativo, sistemático e binário, como quer a Modernidade. Logo, quando o poder – por meio do poder judiciário<sup>721</sup> – assiste àqueles que deflagram o processo em busca de um ato de decisão judicial, ele o faz também com o escopo de mantê-los sob o seu controle, vez que todo aquele que assiste também vigia<sup>722</sup>.

A partir do exposto nessas primeiras linhas, já é possível perceber que a concepção ontológica que aqui se sustenta quanto ao ato de decisão judicial não é apenas uma concepção preocupada em se distinguir de uma abordagem objetológica. Antes se mostra também comprometida com as contribuições propiciadas pela retórica e com as advertências feitas pelo desconstrutivismo. Entre tais advertências, merece destaque, quando se analisa o ato de decisão judicial, a que se refere ao papel desempenhado pelas ideologias. Papel este que ganha ainda mais importância quando se examina a relação da ideologia com o poder, e o controle que este, por meio daquela, exerce sobre o ato de decisão judicial. Por tudo isso, faz-se necessário prestar mais alguns esclarecimentos do que aqui se entende por ontologia e, por consequência, sobre a concepção ontológica do ato de decisão judicial.

<sup>718</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Tradução: Raquel Ramallete. 16. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1997, p. 162-164.

<sup>719</sup> *Ibidem*, p. 170-172.

<sup>720</sup> FOUCAULT, Michel. **Estratégia, poder-saber**. Organização e seleção de textos: Manoel Barros Motta. Tradução: Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 267-269.

<sup>721</sup> O poder não se confunde com o Estado, nem este detém aquele por inteiro. Não é o Estado que controla o poder, antes é aquele que o controla. Ademais, não há que se falar em tripartição ou qualquer outra divisão quanto ao poder, vez que este é uno. Logo, quando se faz acima a menção ao poder judiciário, deve-se compreendê-la levando-se em conta tais advertências. Cf. FOUCAULT, *Op. Cit.*, 2003, p. 253-266. Ainda com respaldo em Foucault, é possível concluir que o capital sustenta a figura do Estado Moderno como estratégia do poder, e, desta forma, confisca-se o poder do povo, sofisticando-se a vigia, e, ao final, anestesia-se por meio do uso de uma “bela palavra”: democracia. Cf. FOUCAULT, *Op. cit.*, 2003, p. 250-253. Parafrazeando Nelson Rodrigues: bonitinha, mas ordinária!

<sup>722</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e suas formas jurídicas**. 3. ed. 2. reimp. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Supervisão final do texto: Léa Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005, p. 89.

## 4.2 ESCLARECIMENTOS EM TORNO DA ONTOLOGIA

“Esse sentido mais amplo de *ontologia* não procura diminuir a importância da relativização do conceito de verdade que caracteriza a postura retórica e domina parte significativa da teoria do conhecimento na pós-modernidade”<sup>723</sup>. Pelo contrário, um conceito mais amplo de ontologia permite que a concepção ontológica do ato de decisão judicial que aqui se propõe não despreze as contribuições proporcionadas pela retórica, bem como suspeite da viabilidade do alcance de uma verdade atemporal e universal pelo ato de decisão judicial, como sustenta a objetologia. Desta forma, torna-se possível a construção de um ato de decisão judicial, a um só tempo, atento aos ensinamentos da retórica, ciente de sua condição linguística, assim como sintonizado com a teoria do conhecimento na pós-modernidade.

Uma concepção ontológica do ato de decisão judicial não desconhece a circunstância de que o vocábulo *ontologia*, em sua origem grega, contém também em si o significado de uma objetologia, mas não somente e exclusivamente esse significado. De acordo com os gregos, o termo *ontologia* presta-se tanto a fazer referência ao significado de uma “descrição estática da ‘essência’ de objetos indiferentes ao sujeito cognoscente como também o sentido de uma procura pelo *logos* eventualmente presente na maneira como se apresentam e se relacionam esses objetos”<sup>724</sup>. É dizer que, quando se propõe uma concepção ontológica do ato de decisão judicial, não se desconhece a circunstância de que, de acordo com a origem grega do vernáculo, o vocábulo *ontologia* pode ser útil tanto para uma concepção retórica do ato de decisão judicial quanto para uma abordagem objetológica do mesmo. Por essa razão, torna-se importante um maior aprofundamento quanto ao vocábulo *ontologia*, antes de se desenvolver melhor a concepção ontológica do ato de decisão judicial que aqui se propõe.

Talvez a polissemia do vocábulo *ontologia* possa ser explicada em razão do fato de que “os gregos não dispunham de uma palavra específica para designar o *ob-jeto*, neste sentido de algo posto adiante”<sup>725</sup>, apesar de já possuírem em seu vocabulário o significante *sub-jeto*<sup>726</sup> (*hypokeimenon*: *hypo*, sob; *keymenon*, jazido). Em razão da falta de uma palavra específica, quando os gregos tinham por finalidade fazer alusão aos objetos circundantes, eles

<sup>723</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. *Filosofia do Direito* – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 251-252.

<sup>724</sup> *Ibidem*, p. 252.

<sup>725</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>726</sup> Fez-se a opção de reproduzir no texto a expressão *sub-jeto*, da mesma forma que é apresentada por Adeodato, quando esclarece o uso da expressão pelos gregos, por uma questão de estilística, *cf.* ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 252.

se valiam de algumas estratégias. A primeira delas era o uso do termo *ontologia* na qualidade de substantivo. Como o substantivo pretensamente neutro *tó pragma* (que deu origem, por exemplo, à palavra “pragmática”), que pode ser compreendido como *algo feito* ou como *coisa*, possuindo um sentido mais delimitado e mais adequado a uma concepção estática da ontologia, qual seja, a objetologia, alvo de fortes críticas por parte dos “antiessencialistas”<sup>727</sup>. Ao lado desta primeira estratégia linguística relativa ao vocábulo *ontologia*, os gregos também empregavam o termo *on*, particípio presente do verbo *eimí* (verbo *ser*), para fazerem referência ao que os tradutores denominam ora como *ente* (algo *sentido* ou *aquilo que é*) ora como *objeto*, de acordo com o contexto<sup>728</sup>.

É a partir dessa segunda estratégia de emprego do termo *ontologia* que se sustenta uma concepção ontológica do ato de decisão judicial, pois é dessa acepção mais ampla que “parece ter-se originado a palavra *ontologia*”<sup>729</sup>. Isto porque a partícula *to*, que não possui qualquer relação com o artigo neutro *tó*, destacado linhas atrás, refere-se ao “genitivo que une as palavras *on* e *logos*, as quais, por sua vez, formam o termo *ontologia*”<sup>730</sup>. Sendo certo que *to* é o genitivo do particípio presente *on*, o qual, por seu turno, como todo particípio presente, refere-se à participação atual no infinitivo de um verbo, a tradução de *ontologia* é precisamente o *logos* do *on*, o *logos* daquilo que é, daquilo que está sendo, daquilo que participa do ser. Portanto, a redução da ontologia à objetologia “configura uma interpretação, se não falsa, pelo menos restritiva do termo. Relações e estados não-definitivos para todo o sempre são também ônticos e podem ser descritos por uma ontologia”<sup>731</sup>.

Esses esclarecimentos quanto ao termo *ontologia*, se não são determinantes para a adoção de uma concepção ontológica do ato de decisão, certamente são de grande valia tanto para a melhor fundamentação dessa concepção quanto para evitar críticas destituídas de maior substrato etimológico acerca da concepção que se propõe. Não se desconhece a circunstância de que o significado mais limitado do termo *ontologia*, aquele que o confunde com a objetologia, acabou prevalecendo na filosofia do direito ocidental<sup>732</sup>. Todavia, essa circunstância, por si só, não é suficiente para que se conserve esta imprecisão quanto ao significado dos dois significantes, e que, com espeque nela, venha a se formular alguma crítica à concepção ontológica do ato de decisão judicial. O sentido de uma concepção

<sup>727</sup> Expressão empregada por Adeodato e que, dado seu poder de persuasão, decidiu-se preservar a sua grafia original, cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 252.

<sup>728</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 252.

<sup>729</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>730</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>731</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>732</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

ontológica do ato de decisão judicial não é um sentido comprometido com a distinção bem delimitada entre as aparências e um suposto verdadeiro ser, mas, sim, um sentido mais amplo, “pré-platônico”<sup>733</sup>, que aparece no “pensamento de sofistas, céticos, cínicos, retóricos e nominalistas”<sup>734</sup>.

Sustentar a inevitabilidade de uma concepção ontológica do ato de decisão judicial e, ao mesmo tempo, rechaçar qualquer essencialismo estático de raiz objetológica significa ter consciência quanto à possibilidade de interferência ideológica na confecção do ato de decisão judicial, bem como despertar para a possibilidade de uma perspectiva pragmática quanto ao mesmo. Contudo, estas duas possibilidades que rodeiam o ato de decisão judicial não importam estabelecer um único conteúdo valorativo essencial para o ato de decisão judicial, sob a justificativa de evitar que outros valores indesejáveis determinem-lhe um conteúdo. Se assim fosse, o ato de decisão judicial encontrar-se-ia comprometido com uma concepção objetológica quanto ao aspecto axiológico<sup>735</sup>. Uma concepção ontológica do ato de decisão judicial é consciente do papel desempenhado pela ideologia, mas não é comprometida com esta ou aquela ideologia, pois uma concepção ontológica “é o pressuposto descritivo dos fenômenos que subjazem a toda teorização e a toda argumentação a respeito do conteúdo”<sup>736</sup> que o ato de decisão judicial *deve* ou *não deve* ter. Por isso, a possibilidade de interferência ideológica no ato de decisão judicial encontra guarida em sua concepção ontológica.

Sendo certo que as dimensões ontológica e axiológica do ato de decisão judicial não se confundem, não é menos certo que elas mantêm estreita relação entre si e que esta relação não é desconsiderada pela teoria do conhecimento na pós-modernidade. Se o ato de decisão judicial na pós-modernidade é espaço de tolerância, este é espaço de disputa entre valores orientados por ideologias. As ideologias não desapareceram, antes devem ser desveladas, como quer o desconstrutivismo, e postas em conflito entre si. Não fosse isso suficiente, as dimensões ontológica e axiológica do ato de decisão judicial encontram-se ainda mais interligadas, vez que é a partir da dimensão descritiva (linguística) do ato de decisão

<sup>733</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 253.

<sup>734</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>735</sup> A noção ontológica do ato de decisão judicial apresentada é mais ampla que o significado atribuído ao vocábulo *ontologia* por Adeodato. Assim se assevera, vez que o referido professor procura romper qualquer laço entre a ontologia e a ideologia, com o que acaba não só rotulando de pejorativa a ideologia, mas também minimizando a relação que essa mantém com a ontologia. Não fosse isso suficiente, a minimização dessa relação afigura-se ainda mais nociva quando se disserta sobre a filosofia do direito, uma filosofia atrelada ao conhecimento prescritivo. Quando se analisa a epistemologia de um conhecimento prescritivo como é o direito, não é possível afastar a interferência da ideologia. Todavia, convém repetir, admitir a possibilidade de interferência da ideologia não é o mesmo que “aderir a um conteudismo político-ideológico”, cf. ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 253.

<sup>736</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 253-254.

judicial que é edificada a sua dimensão construtiva (prescritivo-axiológica)<sup>737</sup> em constante transformação. Por conseguinte, ao invés de minimizar a relação que há entre a ideologia e uma concepção ontológica do ato de decisão judicial, faz-se necessário colocá-la à mostra, de sorte a fazer existir, senão a possibilidade de controle dessa relação, ao menos a consciência de sua existência.

Assim como uma concepção ontológica do ato de decisão judicial é imprescindível, a possibilidade de interferência ideológica nele e os embates ideológicos em constante realização em torno dele também o são. Quando se compreende a possibilidade de uma interferência ideológica no ato de decisão judicial, não se descreve o caráter axiológico do ato de decisão judicial como as entidades ideais indiferentes de Nicolai Hartmann<sup>738</sup>. Sendo certo que uma concepção ontológica do ato de decisão judicial apresenta como objeto uma descrição da circunstância do ato de decisão judicial precisar se efetivar numa ou noutra direção, também é certo que essa concepção, ao conferir um aspecto ontológico ao ato de decisão judicial, admite, implicitamente, que toda decisão, enquanto escolha que é, é feita segundo um jogo de interesses<sup>739</sup>. Não se pode é sustentar que o conteúdo mutável do ato de decisão judicial seja subordinado “a ‘emanações superiores’ e que há uma intuição ‘correta’ e outra ‘incorreta’ dos ‘valores’ jurídicos”<sup>740</sup>. Por isso, uma concepção ontológica do ato de decisão judicial pode sustentar a interferência da ideologia, mas não pode estabelecer qual a melhor, sob pena de se converter em uma concepção objetológica.

Como adverte Adeodato, “os valores jurídicos, embora *criados* e não *descobertos* pelo sujeito, são *objetivos* em certa medida, dentro de seu contexto significativo”. Essa circunstância ressalta a importância da relação mantida entre a ideologia, enquanto coordenadora dos valores que gravitam em torno do ato de decisão judicial, e a ontologia, enquanto sustentação linguística do ato de decisão judicial. Todavia, ter consciência de que esta relação existe não significa que haja uma relação hierárquica e estática entre a linguagem e os valores que permeiam o ato de decisão judicial. Uma concepção ontológica do ato de decisão judicial não confere à ideologia o “caráter de descrição ontológica”<sup>741</sup>. E assim não poderia ser, pois senão incorrer-se-ia no equívoco de atribuir ao ato de decisão judicial, ato de inafastável caráter prescritivo, uma feição descritiva, e, desta forma, cometer-se-ia o mesmo erro que a modernidade: “fundamentar as decisões jurídico-políticas de forma tão convincente

---

<sup>737</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 254.

<sup>738</sup> Como salienta Adeodato, cf. ADEODATO, *Op. Cit.* 2007, p. 254.

<sup>739</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 254.

<sup>740</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>741</sup> *Ibidem, loc. cit.*

quanto as proposições empírico-científicas<sup>742</sup>. Racionalidade, verdade e justiça sempre foram excelentes máscaras utilizadas pela modernidade<sup>743</sup> com o escopo de encobrir a interferência ideológica a que se sujeita o ato de decisão judicial.

Claro que o ato de decisão judicial em sua concepção ontológica pode apresentar um lado racional, “indissociável das formas de comunicação e expressão do ser humano”<sup>744</sup>. Contudo, “nada indica que esse lado prevaleça ou que seja o mais determinante”<sup>745</sup> na elaboração do ato de decisão judicial. A dificuldade é que, na modernidade, “a razão tem a pretensão de ser compulsória”<sup>746</sup>, e, por esse motivo, impõe como regra ao ato de decisão judicial uma racionalidade exclusiva, uma racionalidade que não convive com a emoção, tudo de sorte a conservar a aparência de imparcialidade do ato de decisão judicial. Todavia, quando, na pós-modernidade, se se questiona quanto à fonte dessa racionalidade do ato de decisão judicial, logo se percebe que, seja qual for a origem de sua legitimidade, ou consenso, ou norma fundamental hipotética, o fundamento último do ato de decisão judicial é ontológico, mas atrelado às contribuições da retórica e sujeito às interferências da ideologia.

Sendo certo que do ser não se passa ao dever ser<sup>747</sup>, ou seja, que da ontologia não se passa à axiologia do ato de decisão judicial, não é menos certo que linguagem e ideologia se relacionam dialeticamente na composição do ato de decisão judicial, assim como a razão e a emoção se relacionam na formação do convencimento daquele que o elabora, o juiz. Ademais, convém destacar que o ato de decisão judicial, compreendido como instituto jurídico, vê-se inserido, a um só tempo, em ambas as dimensões, ontológica e axiológica, sem, no entanto, confundi-las. Uma concepção ontológica do ato de decisão judicial, tanto porque se trata de um instituto jurídico quanto porque consiste em um ato de escolha<sup>748</sup>, é também uma concepção sujeita às interferências decorrentes da ideologia<sup>749</sup>. E é exatamente a relação entre os aspectos ontológico (linguagem) e axiológico (possibilidade de interferência ideológica) do ato de decisão judicial que se faz presente quando da “escolha entre duas ou

<sup>742</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 255.

<sup>743</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>744</sup> *Ibidem*, p. 256.

<sup>745</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>747</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 256.

<sup>748</sup> Como adverte Olivier Reboul, toda escolha é justificada por valores abstratos. Ao se invocar um desses valores, se estabelece uma hierarquia de valores, uma hierarquia organizada ideologicamente. Ademais, ainda segundo o professor francês, são os valores que fundamentam a argumentação, que justifica o ato de decisão judicial, cf. REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 165-166.

<sup>749</sup> “Acontece que, inclusive em um *sentido ontológico*, é o direito *construído* por opções não-neutras que preenchem o arcabouço levantado pela descrição”. Cf. ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 256.

mais alternativas igualmente possíveis e mutuamente excludentes”<sup>750</sup>, e que se torna ainda mais clara quando se compreende antropologicamente o magistrado como um ser humano carente.

Quando se examina o ato de decisão judicial a partir de uma perspectiva antropológica que compreende o magistrado como biologicamente carente, logo se constatam a impossibilidade de percebê-lo sob uma ótica objetológica e o caráter mais adequado de uma concepção ontológica afeita às contribuições da retórica. Todavia, sustentar a índole ontológico-retórica do ato de decisão judicial não significa também elevar esta concepção a uma nova “verdade”, ou como prefere Adeodato, “não implica subir a torre de marfim”<sup>751</sup>, vez que, como já destacado, o ato de decisão judicial em sua concepção ontológico-retórica é, antes mais nada, espaço de tolerância, no qual se deflagra o embate entre os argumentos e as ideologias. Se assim não fosse, o ato de decisão judicial voltaria a incorrer em um dos equívocos da concepção objetológica, a intolerância. No cenário da hipercomplexidade da sociedade pós-moderna<sup>752</sup>, o ato de decisão judicial perde suas certezas e caminha sobre dúvidas. Dúvidas diante das quais apenas a linguagem, os argumentos e a ideologia podem ofertar ao magistrado alguma possibilidade de elaboração do seu ato de decisão.

Outra razão que reforça a tese de uma concepção ontológica do ato de decisão judicial é a de que ele, exatamente por não ser estático como uma concepção objetológica, não tem a pretensão de oferecer um determinado discurso correto para o ato de decisão judicial. Isto se dá tanto porque uma concepção ontológica do ato de decisão judicial tem consciência do abismo gnosiológico que separa o vocábulo redigido da ideia que se quer comunicar quanto porque tem conhecimento de que o ato de decisão judicial é uma escolha duvidosa a partir de argumentos e ideologias voltadas à resolução de um conflito<sup>753</sup>. Conflito que não pode ser o real, mas apenas o processual, dada a impossibilidade de apreensão do evento real. Por conseguinte, uma concepção ontológica do ato de decisão judicial é, em última análise, uma concepção ciente de que a decisão é uma escolha entre *tópoi* argumentativos<sup>754</sup> a partir de tipos ideais.

<sup>750</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 257.

<sup>751</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>752</sup> LYOTARD, Jean-François. **A Condição-Pós Moderna**. Tradução: Wilmar do Valle Barbosa. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2006, p. 17; ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 257.

<sup>753</sup> “De resto, muitas asserções que andam por aí como ‘verdades’ assentes, no campo da sociologia ou da economia, e até mesmo no das ciências tidas como ‘exatas’, não passam de conjeturas inevitáveis, que seria melhor recebê-las como tais, mesmo porque são elas que, feitas as contas, compõem o horizonte englobante da maioria de nossas convicções e atitudes”, cf. REALE, Miguel. **Verdade e conjetura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983, p. 26.

<sup>754</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 259.

Nessa moldura até aqui constituída é que se encontra a concepção ontológica do ato de decisão judicial. Já é possível perceber que ele consiste tanto em “uma descrição circunstanciada e a *posteriori* de opções de conduta” quanto em uma possibilidade de interferência construtiva da ideologia. Mas sustentar as bases ontológica e axiológica do ato de decisão judicial significa, também, admitir que o ser humano carente em questão, o magistrado, encontra-se fadado a nunca se livrar completamente de Deus enquanto acreditar na gramática<sup>755</sup>. E isto se dá porque ao “fornecer as regras do discurso, a gramática assume para o conhecimento o papel outrora desempenhado por Deus, revela as regras da única realidade que se pode perceber”<sup>756</sup>, a linguagem. Logo, uma concepção ontológica do ato de decisão judicial é, também, uma concepção consciente da circunstância de que, em última análise, o ato de decisão judicial não passa de um jogo de linguagem construído a partir de metáforas, em que cada palavra que o compõe é uma analogia mal-feita do conflito real que não julga. Em suma, o ato de decisão judicial é uma figura de linguagem passível de desconstrução<sup>757</sup> e orientada para a persuasão. Eis, então, a importância dos entimemas.

#### 4.3 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E OS ENTIMEMAS

Como se destacou no capítulo segundo, o ato de decisão judicial na era moderna caracterizou-se, também, por se encontrar contextualizado na era das grandes codificações e pelas várias vertentes de positivismo jurídico. Vertentes que englobam, dentre outras, a Escola da Exegese francesa, a Escola Histórica, a Escola da Jurisprudência dos Conceitos, a Escola da Jurisprudência de Interesses e, ainda, o Círculo de Viena. Contudo, apesar do grande espaço de tempo entre o surgimento da última dessas escolas e os dias atuais, ainda hoje, é lugar comum compreender o ato de decisão judicial como um ato silogístico, necessariamente atrelado a uma norma geral prévia. Todavia, esse entendimento generalizado quanto ao ato de decisão judicial, em tempos de pós-modernidade, mostra-se inadequado frente às necessidades de uma sociedade cada vez mais complexa e diferenciada<sup>758</sup>. Com o escopo de analisar mais detalhadamente a compreensão generalizada quanto ao caráter silogístico do ato de decisão judicial, o presente subitem será confeccionado a partir da sustentação de três teses.

<sup>755</sup> Passagem de Nietzsche mencionada por João Mauricio Adeodato, *cf.* ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 261.

<sup>756</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 261.

<sup>757</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>758</sup> *Ibidem*, p. 293.

Em primeiro lugar, o silogismo não é o meio retórico nem muito menos o meio lógico que é efetivamente utilizado para elaborar o ato de decisão judicial<sup>759</sup>. O silogismo é o véu que encobre o ato de decisão judicial que já foi elaborado a partir de outros meios<sup>760</sup>. O silogismo apresenta-se, então, como um procedimento demasiadamente útil ao ato de decisão judicial, vez que lhe confere grande funcionalidade, eficácia e aparência legitimadora. Porém, em geral, o emprego do silogismo a serviço do ato de decisão judicial não se mostra uma estratégia consciente, porquanto, em regra, o magistrado e os demais envolvidos no processo judicial, ministério público ou querelante, acusado e o seu defensor, acreditam que o ato de decisão judicial do caso concreto encontra-se, realmente, lastreado na norma geral prévia estabelecida pelo subsistema social do direito. Entrementes, como salienta Bernard Jackson, “[...] as normas jurídicas genéricas (refletidas na premissa maior) não ‘se referem’ absolutamente aos fatos dos casos a elas submetidos (refletidos na premissa menor)”<sup>761</sup>. Se há uma ordem cronológica na composição do silogismo que, de fato, é utilizado na elaboração do ato de decisão judicial, a norma geral, se realmente existente, vem depois.

Em segundo lugar, a estrutura do ato de decisão judicial, em vez de silogística, como quer Kelsen<sup>762</sup>, é entimemática<sup>763</sup>. Isto porque nem todas as normas utilizadas pelo ato de decisão judicial são efetivamente explicitadas: permanecem não apenas excluídas da fundamentação do ato de decisão judicial, bem como são mantidas de forma oculta. Não é demais dizer, assim, que a circunstância que realmente determina o ato de decisão judicial, a sua premissa maior, é, por vezes, não mencionada em sua fundamentação, quando não, se afigura inconfessável<sup>764</sup>. Por conseguinte, o que torna o ato de decisão judicial um entimema não é o fato de não possuir uma estrutura silogística, vez que o entimema também é uma espécie de silogismo<sup>765</sup>, mas, sim, a circunstância de, normalmente, encobrir a sua premissa maior, revelando apenas a premissa menor (o caso trazido ao processo que não se confunde com o caso real) e a conclusão (a aplicação sanção penal ou a imediata colocação em liberdade do acusado).

<sup>759</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 294.

<sup>760</sup> SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, n. 7. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 252.

<sup>761</sup> JACKSON, Bernard. *Logic and semiotics: ontology or linguistic structure?* In: **International Journal for the Semiotics of Law**, v. XI, n. 33, 1999, p. 323.

<sup>762</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 388.

<sup>763</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2006, p. 294.

<sup>764</sup> SOBOTA, *Op. cit.*, 1996, p. 256.

<sup>765</sup> ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007, p. 23-28.

A terceira tese que se pretende desenvolver quanto ao ato de decisão judicial, em verdade, não é uma tese, mas, talvez, uma advertência. A advertência de que é muito provável que, no ambiente de arremedo político-jurídico dos Estados que pertencem à América Latina, as premissas maiores do silogismo entimemático que caracterizam o ato de decisão judicial não são apenas pressupostas, como também se apresentam indeterminadas, prestando-se, por isso, muitas vezes à manipulação de eventuais interesses escusos. É dizer, em países como o Brasil, em que a corrupção prospera e a impunidade a chancela, o caráter implícito da premissa maior do ato de decisão judicial pode acabar se prestando a manipulações segundo interesses inescrupulosos, a exemplo dos casos noticiados pela imprensa quanto à venda de sentenças e acórdãos<sup>766</sup>.

Quanto à primeira tese, a de que o silogismo não é o meio retórico nem muito menos o meio lógico que efetivamente é utilizado para elaborar o ato de decisão judicial<sup>767</sup>, o objetivo, ao defendê-la, é sustentar que o ato de decisão judicial não é lastreado em um raciocínio silogístico, mas sim em um raciocínio entimemático. A primeira razão a embasar esta assertiva é a de que o ato de decisão judicial, em regra, não menciona a premissa maior que o fundamenta. A omissão da premissa maior, muitas vezes, decorre de seu caráter estratégico para fins de persuasão<sup>768</sup>. Outras vezes, a razão que explica a omissão é o caráter inconfessável da premissa maior. A natureza inconfessável da premissa maior pode, por exemplo, decorrer da circunstância de se encontrar lastreada em pré-conceitos<sup>769</sup> que orientam o convencimento do magistrado e a sua pré-compreensão<sup>770</sup> diante do conflito processual. Pré-conceitos que, em algumas situações, nem o próprio magistrado tem consciência de que os possui, mas que, em outras, se envergonha de admiti-los de forma expressa na fundamentação do ato de decisão judicial.

Outras vezes, a índole inconfessável da premissa maior do entimema<sup>771</sup> que estrutura o ato de decisão judicial resulta do fato de que a mesma se afigura logicamente

---

<sup>766</sup> MINISTRO Paulo Medina sofre nova denúncia. Disponível em: < <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL59731-5601,00.html> > . Acesso em: 03 mar. 2009.

<sup>767</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 294.

<sup>768</sup> *Ibidem*, p. 297.

<sup>769</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 354-361.

<sup>770</sup> *Ibidem*, p. 368-378.

<sup>771</sup> O entimema, ao mesmo tempo em que encobre as contradições do ato de decisão judicial, o produz com a aparência de resultado plausível, aproveitando-se para tanto do problema e dos sentimentos envolvidos. Cf. SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, n. 7. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 259.

frágil, racionalmente refutável, ou, ainda, não “demonstrável”<sup>772</sup>. Nesse último caso, o magistrado contaminado pelo paradigma das ciências “exatas”<sup>773</sup>, ao constatar que a premissa maior de seu ato de decisão não é “cientificamente” demonstrável, opta por mantê-la encoberta, de sorte a não comprometer a persuasão do ato de decisão judicial. Todavia, na maior parte dos processos judiciais, a omissão da premissa maior não é consequência de uma escolha consciente do magistrado, mas se apresenta como um procedimento “natural” de seu raciocínio ao confeccionar o ato de decisão judicial. A naturalidade dessa omissão talvez decorra da ignorância, ainda generalizada entre os operadores do direito, da funcionalidade e adequação da retórica ao estudo mais aprofundado do ato de decisão judicial, ou da recusa em estudá-la, dado o caráter pejorativo a ela atribuído ao longo da história<sup>774</sup>.

Ademais, o ato de decisão judicial não é silogístico. O silogismo é técnica dedutiva que simplifica em demasia o que, de fato, se dá quando da composição do ato de decisão judicial. E o fenômeno que realmente se desencadeia quando da elaboração do ato de decisão judicial não é o da dedução silogística entre texto (lei), caso (conflito processual) e norma (decisão judicial), mas, sim, o da interação dialética entre tais elementos. Uma interação que já aponta para um ato de decisão judicial que não se ajusta à lógica da subsunção do caso ao texto, antes se orienta a partir do caso, em direção à melhor estratégia para torná-lo convincente. E a melhor estratégia a propiciar poder de convencimento ao ato de decisão judicial não se limita à interação dialética entre caso, lei e norma, vez que o ato de decisão judicial persuasivo não despreza os valores ideologicamente disseminados entre os sujeitos envolvidos no processo judicial. Quanto mais o ato de decisão judicial se aproveitar dos valores que sensibilizam as partes do processo, mais persuasivo ele será.

Outro equívoco quanto à tese que sustenta o caráter silogístico do ato de decisão judicial é o de fazer uso inadequado do vocábulo “silogismo”, vez que desconsidera a circunstância de que o silogismo é gênero que engloba diversas espécies, entre as quais se destacam os silogismos apodíctico, dialético, erístico e retórico<sup>775</sup>. Sustentar que o ato de decisão judicial se encontra alicerçado sob a viga silogística é desconsiderar que há muitas

---

<sup>772</sup> Sobre o posicionamento aqui assumido quanto à inexistência de distinção entre a demonstração e a argumentação, consulte-se o capítulo terceiro deste trabalho.

<sup>773</sup> As aspas foram utilizadas com o escopo de criticar a suposta feição exata das ciências exatas, vez que, apesar de se utilizarem de uma linguagem específica, elas sofrem dos mesmos problemas inerentes à linguagem coloquial, embora em menor intensidade. Dentre tais problemas, destaque-se o relativo à incapacidade de apreensão dos eventos reais.

<sup>774</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 77-81.

<sup>775</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 297.

espécies de silogismo e que a espécie aplicável ao ato de decisão judicial é a do entimema, o silogismo retórico.

Ainda no que concerne à circunstância de existirem diferentes espécies de silogismo, impõe destacar que ela acaba por contribuir para conclusão de que não é o silogismo que é utilizado na elaboração do ato de decisão judicial, mas, sim, o silogismo retórico. Isto porque, a se entender de outra forma, o ato de decisão judicial teria comprometida sua capacidade de persuasão, o que, por sua vez, revela, uma vez mais, que não é qualquer silogismo que se constitui em meio retórico. Ademais, quando se afirma que o silogismo não é o meio lógico efetivamente utilizado para elaborar o ato de decisão judicial, o que se deseja destacar é que o silogismo não é ferramenta adequada à persuasão que interessa ao ato de decisão judicial: quem apresenta a capacidade de persuadir é o entimema<sup>776</sup>. Portanto, se é certo que a lógica é útil à persuasão do ato de decisão judicial, também é certo que a persuasão não decorre, exclusivamente, dela. Eis, então, mais um motivo para afirmar que o silogismo não é o meio lógico utilizado pelo ato de decisão judicial.

No que tange à segunda tese, a que sustenta que a estrutura do ato de decisão judicial é entimemática, convém esclarecer, inicialmente, o que se entende por entimema. Mas, antes de se delimitar uma possível definição de entimema, importa consignar que esta definição é de fundamental importância não só para que se compreenda de forma mais fácil a tese sufragada, mas também para que se viabilize a melhor demarcação da extensão desta segunda tese e das características que lhe são peculiares. Por conseguinte, antes de estabelecer a relação entre o entimema e o ato de decisão judicial, definir-se-á, primeiramente e o mais precisamente possível, o que é um entimema.

Na acepção de Oliver Reboul, entimema é o silogismo utilizado pela argumentação cotidiana que se encontra lastreado em proposições verossímeis<sup>777</sup>, e que, por ser verossímil, assume também a forma de silogismo abreviado<sup>778</sup>, cujas premissas enunciadas são apenas as necessárias<sup>779</sup> ao convencimento. A abreviação do silogismo entimemático decorre, a um só tempo, da necessidade de obter o convencimento do auditório e do caráter óbvio, no sentido de evidente, da premissa maior que é mantida oculta<sup>780</sup>. Segundo Aristóteles, o entimema constitui-se meio técnico oriundo da dialética (a arte da

<sup>776</sup> SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, n. 7. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 256.

<sup>777</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 155.

<sup>778</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 299.

<sup>779</sup> REBOUL, *Op. Cit.*, 2004, p. 156.

<sup>780</sup> ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007, p. 23-28.

disputa por meio de argumentos) transladado para a retórica<sup>781</sup>, e que, em razão dessa transposição, “não se ocupa apenas do que é persuasivo, mas também do que parece sê-lo”<sup>782</sup>.

É da interação entre a dialética e a retórica que resulta o redimensionamento do significado original de entimema. Redimensionamento esse que se aproveita da dicotomia “realidade x aparência” e a utiliza a serviço do convencimento. É dizer, o entimema, em seu sentido original, atrelado exclusivamente à dialética, encontra-se fundado na possibilidade de distinguir realidade e aparência, mas, em seu sentido redimensionado, transladado para retórica, assume uma feição cética, ao ter como pressuposto a inexistência da realidade e a exclusividade das aparências. Portanto, com o redimensionamento do significado do entimema, viabiliza-se ao ato de decisão judicial a utilização da falsa dicotomia, aparência e realidade<sup>783</sup>, em prol da maximização da possibilidade de convencimento.

Torna-se possível compreender, desta forma, que o entimema, uma vez transladado para o domínio da retórica, assume a feição de silogismo formal ou logicamente imperfeito, e que sua conclusão não decorre necessariamente de suas premissas<sup>784</sup>. Contudo, o que pode transparecer como uma deficiência converte-se, na realidade, em estratégia útil ao ato de decisão judicial<sup>785</sup>. A circunstância do entimema não possuir uma rígida coerência lógica entre premissas e conclusão<sup>786</sup> não apenas é artifício proveitoso à persuasão do ato de decisão judicial como também se revela em tática vantajosa na tarefa de sustentar a aparência racional do ato de decisão judicial, ou, pelo menos, a aparência de que este seja exclusivamente racional<sup>787</sup>. Como bem destaca Adeodato, o ato de decisão judicial é exemplo<sup>788</sup> de ato destinado a mover emoções do espectador, baseado em provas de fato notoriamente frágeis<sup>789</sup>. Por conseguinte, se o ato de decisão judicial possui uma estrutura

<sup>781</sup> ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007, p. 19-22. No mesmo sentido, ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 296.

<sup>782</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 297.

<sup>783</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 190.

<sup>784</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 297.

<sup>785</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>786</sup> *Ibidem*, p. 297.

<sup>787</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>788</sup> O exemplo que também é argumento retórico é empregado na oração com o escopo de confirmar a tese sufragada, qual seja, a de que o ato de decisão judicial não é ato exclusivamente racional. Sentido esse destacado por REBOUL, *Op. Cit.*, 2004, p. 155. Quanto ao tema do caráter não exclusivamente racional do ato de decisão judicial, este será mais aprofundado no exame do item 4.5 deste capítulo. Mas o exemplo é, também, um argumento indutivo de origem dialética transladado para retórica. Nesse sentido, o exemplo tem por finalidade provar um fato futuro, como, por exemplo, a autoria do delito, a partir de uma norma, produzida pelo ato de decisão judicial, e que se respalda em um fato passado, o conflito processual ou o relato do caso. No que toca a esta outra função desempenhada pelo exemplo, consulte-se REBOUL, *Op. Cit.*, 2004, p. 15, bem como ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 303.

<sup>789</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 299.

entimemática, porque é ato orientado ao convencimento do auditório processual específico, é certo que este convencimento não decorre, exclusivamente, do uso do entimema, tomado como silogismo imperfeito<sup>790</sup>, antes, também, se aproveita das emoções que permeiam o jogo processual<sup>791</sup>.

Diante de tais esclarecimentos acerca do entimema, torna-se mais fácil perceber que a estrutura do ato de decisão judicial é, de fato, entimemática. E é entimemática, pois o ato de decisão judicial não explicita a premissa maior que fundamenta a conclusão do silogismo retórico que o orienta e porque, como assevera Katharina Sobota, essa é uma prática comum dos tribunais ao confeccionar o ato de decisão judicial<sup>792</sup>. Como destaca Aristóteles, o que será formulado e o que será silenciado no ato de decisão judicial ficam sempre a depender do caso concreto e da melhor estratégia de convencimento<sup>793</sup>. O caso e a estratégia de convencimento permeiam, assim, a estrutura entimemática do ato de decisão judicial, a qual, por sua vez, é reforçada em seu poder de persuasão com a utilização de alguns dos argumentos catalogados entre os vinte e oito *tópoi* ofertados por Aristóteles<sup>794</sup>. Como se não bastasse o emprego de alguns argumentos catalogados, a estrutura entimemática do ato de decisão judicial, ao omitir a premissa maior do silogismo retórico que a caracteriza, reforça ainda mais seu poder de convencimento, pois, nesse instante, a conclusão silogística transforma-se em sentença<sup>795</sup>: tanto em sentença judicial quanto em ato final da oportunidade de debate dialético entre as partes do processo judicial.

A estrutura entimemática do ato de decisão judicial apresenta-se, então, como a estrutura mais apta a compreender o ato de decisão judicial diante dos desafios impostos pela sociedade pós-moderna, em especial, no que toca à sua legitimidade, em meio a uma sociedade cada vez mais complexa e diferenciada. Uma sociedade cada vez mais informada e, portanto, mais capacitada a questionar os fundamentos que conduzem à formação do ato de decisão judicial, ou seja, uma sociedade mais cética. É no contexto dessa sociedade mais cética que o ato de decisão judicial já não consegue se legitimar a partir de “pilares ‘científicos’ como a unidade do ordenamento jurídico, a neutralidade do juiz, ou a

<sup>790</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 300.

<sup>791</sup> *Ibidem*, p. 297.

<sup>792</sup> SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, n. 7. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 252.

<sup>793</sup> ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007, p. 25.

<sup>794</sup> *Idem.* **Tópicos** - dos argumentos sofísticos. Tradução: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 42-51.

<sup>795</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 306.

objetividade da lei”<sup>796</sup>, uma vez que esses passam a ser compreendidos como “meras estratégias discursivas”<sup>797</sup>. Eis que, então, a melhor estratégia compreensiva de legitimação do ato de decisão judicial torna-se a sua estrutura entimemática, vez que esta se apresenta como a mais hábil tática de captura da confiança<sup>798</sup> dos envolvidos no jogo linguístico-processual. Em suma, a palavra só deve ser utilizada se o silêncio não for mais persuasivo.

Quanto à terceira tese destacada linhas atrás, da advertência de que é muito provável que, no ambiente de arremedo político-jurídico dos Estados que pertencem à América Latina, as premissas maiores do silogismo entimemático que caracterizam o ato de decisão judicial não são apenas óbvias como também se apresentam indeterminadas, prestando-se, por isso, muitas vezes à manipulação de eventuais interesses escusos, é preciso esclarecer alguns aspectos. O primeiro esclarecimento a ser pontuado é o de que não é a estrutura entimemática do ato de decisão judicial que dá ensejo à manipulação deste ato. A estrutura entimemática apresenta-se útil na tentativa de controle do ato de decisão judicial à medida que exhibe a estrutura que o compõe. Ademais, a possibilidade de manipulação do ato de decisão judicial não é uma exclusividade dos países da América Latina, antes se mostra como uma possibilidade do ser humano carente e irracional, no sentido que fora explicitado nos capítulos primeiro e terceiro desse trabalho.

Um terceiro aspecto a ser lembrado, mais uma vez, é o de que o ato de decisão judicial, considerado como ato jurídico, é espécie do gênero ética e, em razão disso, “assume conteúdos éticos, quaisquer que sejam”<sup>799</sup>. Logo, o certo não é concluir que o ato de decisão judicial com estrutura entimemática encontra-se mais exposto ao risco de se tornar antiético. Pelo contrário. Certo é constatar que o ato de decisão judicial pode ser contra este ou aquele princípio ético, mas jamais será a-ético<sup>800</sup>. Outro ponto a ser destacado é o de que a possibilidade de manipulação do ato de decisão judicial afigura-se mais dificultada quando a sua estrutura entimemática é compreendida sob o prisma de uma ética de tolerância, no qual diferentes concepções éticas possam entrar em conflito umas com as outras. Por fim, a possibilidade de manipulação do ato de decisão judicial não é fator que desaparece se sua estrutura entimemática for eliminada hipoteticamente. O que a estrutura entimemática do ato de decisão judicial permite não é a manipulação, mas, sim, uma compreensão menos

---

<sup>796</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 313.

<sup>797</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>798</sup> REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 171.

<sup>799</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 314.

<sup>800</sup> *Ibidem, loc. cit.*

romântica e ingênua em torno deste ato de poder chamado *ato de decisão judicial*. Eis, então, o desafio que se impõe ao ato de decisão judicial na sociedade contemporânea: (re)legitimá-lo à luz de uma teoria da argumentação judicial cética.

#### 4.4 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL NO CONTEXTO DE UMA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL

Antes de contextualizar o ato de decisão judicial no cenário de uma teoria da argumentação judicial, releva-se descrever o quadro em que este se encontrava quando possuía pintura delimitada pela moldura dogmático-moderna. A primeira tinta a compor a pintura do ato de decisão judicial em meio à moldura dogmático-moderna é a que o descreve com aspecto silogístico. Mas essa tinta, por si só, não se mostra suficiente para esboçar o ato de decisão judicial dogmático-moderno, à medida que ele requer, ainda, o complemento de outro pigmento que lhe atribua o devido acabamento, um pigmento composto por três tons ou axiomas. Eis, então, o primeiro passo rumo à contextualização do ato de decisão judicial em meio a uma teoria da argumentação judicial: descrever a sua estrutura silogística. E, no momento seguinte, apontar a sua base axiomática.

Quanto à estrutura silogística do ato de decisão judicial, o primeiro aspecto a ser salientado é o de que os argumentos utilizados na sua elaboração devem se encontrar embasados no texto de uma norma preexistente, a norma genérica. Disto decorre que a aplicação do ato de decisão judicial, neste panorama moderno-dogmático, resulta sempre como tarefa dogmático-silogística, ou seja, o formato silogístico do ato de decisão judicial guarda estreita relação com a noção de norma genérica. Esse formato silogístico, por sua vez, mostra-se compartimentado em três etapas. Na primeira, alega-se a norma estatal expressa em lei, a qual desempenha a função de premissa maior na composição silogística do ato de decisão judicial. Na segunda, submete-se o caso relatado nos autos (descrito na denúncia ou queixa-crime, tratando-se de processo penal) à referida lei, considerando-se o mesmo enquanto premissa menor da estrutura silogística do ato de decisão judicial. Por fim, na terceira e última etapa, transforma-se o ato de decisão judicial, no momento em que é aplicado, em norma individual, conferindo-lhe a qualidade de conclusão do formato silogístico<sup>801</sup>.

---

<sup>801</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 308.

A forma dogmático-moderna de explicar o ato de decisão judicial encontra-se, ainda, lastreada em três axiomas. O primeiro deles é o referente à obrigatoriedade de decidir (ou proibição do *non liquet*) e que decorre da pretensão do ordenamento jurídico moderno estatal em deter o monopólio das decisões dos conflitos. O ato de decisão judicial é inafastável<sup>802</sup>. O segundo axioma consiste na obrigatoriedade de interpretar e resulta da necessidade de delimitar o alcance e o sentido concreto da norma genérica<sup>803</sup>. O ato de decisão judicial é ato de interpretação e aplicação da norma genérica. E o terceiro, por fim, tem por objeto a necessidade de fundamentação, a qual deriva da exigência de legitimidade<sup>804</sup>. O ato de decisão judicial exige fundamentação, e, na modernidade, legitimidade se confunde com legalidade<sup>805</sup>.

Contudo, como já foi consignado no segundo capítulo, na pós-modernidade não há espaço para grandes narrativas metafísicas quanto ao ato de decisão judicial. Isto porque tal ato se encontra, agora, sujeito a uma forte crise de legitimidade. Crise esta que não deriva apenas do mal-estar propiciado pela modernidade<sup>806</sup>, mas também de um quadro caótico no qual se encontra contextualizado o ato de decisão judicial. Um quadro em que, além do ato de decisão judicial, encontram-se também em crise as noções de Estado, de democracia e, em especial, as de sistema jurídico e de imparcialidade. Essa crise agrava-se ainda mais quando se observa que o ato de decisão judicial, na pós-modernidade, para garantir seu status de legítimo, vê-se encurralado ou entre estratégias operacionais de desempenho ou na crença em

---

<sup>802</sup> O caráter inafastável do ato de decisão judicial decorre de duas pretensões do Estado Moderno: a) deter o monopólio das decisões dos conflitos; e b) manter o monopólio da produção das leis e, por consequência, da norma genérica, conservando, desta forma, a supremacia da lei sobre as demais fontes do direito, a exemplo dos costumes. Logo, percebe-se que há uma intrínseca relação entre a ideia de norma genérica (primeira etapa da estrutura silogística do ato de decisão judicial), o axioma da inafastabilidade do ato de decisão judicial, a supremacia da lei perante as demais fontes do direito e a manutenção do monopólio estatal do *jus puniendi*, cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 194-198.

<sup>803</sup> O segundo axioma que baliza o formato dogmático-moderno do ato de decisão judicial decorre da circunstância de que a interpretação que o caracteriza encontra-se, inelutavelmente, vinculada à ideia de norma genérica. O texto da lei, compreendida esta como norma genérica, é a moldura intransponível da interpretação que venha ser realizada pelo ato de decisão judicial. Por conseguinte, o sentido conferido à interpretação tende a pôr em papel de destaque não o sujeito que interpreta, mas o objeto que é interpretado: a norma genérica. Registre-se ainda que, em razão do caráter objetivo deste segundo axioma, o caso relatado acaba por desempenhar função de menor importância na construção do ato de decisão judicial. Sobre o assunto, consulte-se GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 97-99.

<sup>804</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 308.

<sup>805</sup> No que toca à obrigatoriedade quanto à fundamentação do ato de decisão judicial, impõe ressaltar que ela possui uma estreita relação com a noção de norma individual. Esta relação, de acordo com o paradigma da modernidade, caracteriza-se pela confusão entre dois significantes distintos: legalidade e legitimidade. Desta confusão acaba por resultar o raciocínio de que todo ato legal, por ser legal, é, por esse motivo, também legítimo. É dizer, na modernidade, a obrigatoriedade de fundamentação do ato de decisão judicial acaba por ser compreendida como obrigatoriedade de invocação do texto de lei. Quanto à questão da legitimidade no contexto da modernidade, consulte-se o subitem 2.1.1, constante do segundo capítulo.

<sup>806</sup> Consulte-se o subitem 2.1.5, constante do segundo capítulo.

um consenso resultante do discurso realizado ao longo do processo. Eis, então, os problemas do ato de decisão judicial na pós-modernidade: reverter a sua crise de legitimidade e encontrar um novo caminho entre o desempenho e o consenso<sup>807</sup>.

Diante do contexto até aqui detalhado, é possível concluir, por ora, que não foi na pós-modernidade que a crise do ato de decisão judicial surgiu, embora nela tenha eclodido. Mas mais que isso. Tal crise encontra suas raízes, em verdade, nos fundamentos de um ordenamento jurídico subordinado ao paradigma da modernidade. Desta forma, torna-se possível perceber que a crise de legitimidade do ato de decisão judicial é, antes mais nada, a crise da modernidade, a crise de um modelo, segundo o qual, o ato de decisão judicial é sempre ato derivado do sistema jurídico, de caráter dogmático e atrelado à noção de uma suposta norma genérica. Isto é, na modernidade, “permanece a convicção ou o preconceito de que todo direito concreto baseia-se em uma norma geral anterior”<sup>808</sup>.

Em face desse laço entre o ato de decisão judicial e a norma genérica na modernidade, a hermenêutica jurídica contemporânea vê-se dividida entre duas possíveis concepções de ato de decisão judicial. Uma primeira é a de que o ato de decisão judicial encontrar-se-ia vinculado a um método de subsunção, de acordo com o qual o ato de decisão judicial buscaria enquadrar o caso trazido aos autos do processo (caso relatado) em alguma norma genérica prevista em lei. Tem-se, então, um ato de decisão judicial atrelado a uma metodologia de justaposição. Contudo, obedecendo-se o que determina a segunda concepção, o ato de decisão judicial encontrar-se-ia relacionado a um método tópico ou casuístico, de acordo com o qual o ponto de partida do ato de decisão judicial não é nem aquilo que determina o sistema jurídico nem o que prescreve a norma genérica, mas, sim, o que impõe o caso concreto. Em suma, a segunda concepção – quanto ao ato de decisão judicial, à interpretação e à aplicação que lhe caracteriza – não se liga à noção de norma genérica, antes desconfia de sua inexistência.

É neste momento, quando se depara com a proposta tópica quanto ao ato de decisão judicial, que se percebe a grande utilidade do estudo do entimema, principalmente, quando se tem em mente que o primeiro passo rumo à contextualização do ato de decisão judicial no cenário de uma teoria da argumentação judicial é uma leitura cética quanto à concepção hermenêutica aplicável ao ato de decisão judicial. Em outras palavras, adota-se

<sup>807</sup> Se o ato de decisão judicial opta pelas estratégias de desempenho, afasta-se da justiça. Contudo, se escolhe como guia o consenso, menospreza a heterogeneidade dos códigos e dos jogos linguísticos, cf. LYOTARD, Jean-François. **A Condição-Pós Moderna**. Tradução: Wilmar do Valle Barbosa. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2006, p. 6-7.

<sup>808</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 309.

uma concepção tópica no que toca ao ato de decisão judicial tanto porque esta se mostra mais adequada ao uso dos entimemas como porque essa concepção constitui o primeiro passo em direção a uma leitura mais cética quanto ao ato de decisão judicial<sup>809</sup>.

Diante desses esclarecimentos preliminares acerca da teoria da argumentação judicial, na qual se encontra enredado o ato de decisão judicial, convém, agora, fincar cada uma das vigas que conferem equilíbrio ao edifício constituído por essa teoria. A primeira viga de sustentação do ato de decisão judicial no panorama de uma teoria da argumentação judicial é a percepção de que “a norma geral não produz a decisão ou sequer fixa os parâmetros dentro dos quais ela se dá [...]”<sup>810</sup>. Assim, força é convir que o ato de decisão judicial, em obediência à teoria da argumentação judicial aqui proposta, não se encontra vinculado a qualquer norma genérica, simplesmente porque esta não existe. E por que não existe? Não existe tanto porque a norma genérica – quase sempre confundida com a lei na modernidade – é reputada como um texto, logo, um produto da linguagem<sup>811</sup>, quanto porque o ponto de referência de um ato de decisão judicial cético e tópico não é o texto da lei, mas, sim, a individualidade do caso. Ademais, na hipótese de se admitir a existência de uma norma genérica, esta não teria a capacidade nem de produzir o ato de decisão judicial nem de estabelecer os parâmetros dentro dos quais ele é aplicável. Por que, então, a norma genérica é invocada no mais das vezes na vida forense? Porque ela se mostra como um excelente artifício para justificar de forma racional a escolha realizada no ato de decisão judicial diante do caso relatado<sup>812</sup>. Essa justificativa, quase sempre, ocorre depois que a escolha que caracteriza o ato de decisão judicial já foi tomada. É dizer, se o ato de decisão é composto por escolha e justificativa diante do caso, primeiro se escolhe, depois se justifica<sup>813</sup>.

Ergue-se, assim, a segunda viga de sustentação do ato de decisão judicial no cenário de uma teoria da argumentação judicial, a desconfiança de que o que determina e orienta a produção do ato de decisão judicial não é suposta norma genérica, mas, sim, os motivos que conduzem a escolha realizada pelo magistrado no momento da elaboração do ato de decisão judicial entre duas ou mais possibilidades de julgamento da causa. Essa escolha, além de prévia à justificativa e feita a partir do caso relatado, não decorre do texto da lei ou da norma genérica invocada, nem com estes se confunde, antes é produzida por diferentes

---

<sup>809</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 310.

<sup>810</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>811</sup> Quando se faz alusão à linguagem nesta passagem, toma-se esta em sua concepção retórica e não em sua concepção objetológica. Sobre o tema, consulte-se o primeiro capítulo.

<sup>812</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 310.

<sup>813</sup> *Ibidem, loc. cit.*

vias<sup>814</sup>. Algum crítico resistente a tal assertiva poderia contrapô-la, argumentando que o ato de decisão judicial pode, sim, ter como ponto de partida o texto da lei ou a norma genérica. Contudo, se tal crítica fosse dirigida à tese aqui desenvolvida, conveniente seria lembrar que não é o texto de lei que individualiza o ato de decisão judicial, mas o caso relatado nos autos que confere sua identidade. Muitas vezes, a menção à norma genérica ou resulta de uma atitude ingênua e alienada do magistrado no momento da composição do ato de decisão judicial ou deriva de seu comportamento estratégico, alegando-a, o magistrado, de sorte a encobrir a escolha prévia e a conferi-la uma justificativa aparentemente racional.

É o ato de encobrir a escolha que caracteriza o ato de decisão judicial e os motivos que realmente a determinam que estabelecem a terceira viga de sustentação do ato de decisão judicial no cenário de uma teoria da argumentação judicial, qual seja, a estrutura entimemática do ato de decisão judicial. Essa estrutura entimemática mostra sua importância não apenas porque é útil para encobrir as diferentes vias que orientam a escolha que permeia o ato de decisão judicial, mas também porque desempenha com grande desenvoltura o papel de se utilizar da ideia de uma norma genérica para encobrir da melhor forma as verdadeiras razões que determinam a escolha que caracteriza o ato de decisão judicial. A estrutura entimemática do ato de decisão judicial mostra-se, então, como um excelente véu a encobrir as reais intenções que demarcam o caminho do ato de decisão judicial. Um caminho que começa com a escolha que é feita diante do caso relatado<sup>815</sup>, e que se encerra com a justificativa que se utiliza para mascarar os pré-conceitos devidamente acobertados.

A quarta viga de sustentação do ato de decisão judicial no cenário de uma teoria da argumentação judicial é o esclarecimento quanto à incompatibilidade entre os conceitos de norma genérica e de verdade. Ao contrário daqueles que compreendem que o ato de decisão judicial se encontra vinculado a uma verdade, seja ela real<sup>816</sup> ou processual<sup>817</sup>, e que esta só é alcançada uma vez que o ato de decisão judicial se mantenha vinculado à norma genérica, a teoria da argumentação judicial aqui delineada procura ressaltar tanto a inviabilidade de atribuir ao ato de decisão judicial o objetivo de perseguir uma suposta verdade quanto o

---

<sup>814</sup> Quanto a essas vias, muito já foi dito no item anterior e outro tanto será dito ainda neste item e no subsequente.

<sup>815</sup> Se a descrição do caso cria uma responsabilidade jurisdicional para o magistrado, e se essa responsabilidade desperta nele o interesse no encerramento do processo, então é possível concluir que o relato do caso é fato sempre sujeito ao interesse do magistrado, *cf.* SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, n. 7. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 258. Diante de tal reflexão, o que é possível pensar sobre o interesse do juiz criminal na descrição do caso, na hipótese de *emendatio libeli* ou de *mutatio libeli*?

<sup>816</sup> GRECO FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55-62.

<sup>817</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 9.

equivoco de imaginar que o ato de decisão judicial mantém-se atrelado a uma fictícia norma genérica. Mas, não apenas isso, a teoria da argumentação judicial procura esclarecer, ainda, o grande erro que se comete ao associar a busca do ato de decisão judicial por uma inalcançável verdade ao vínculo que ele supostamente deve manter com uma imaginável norma genérica. Quando se estabelece uma relação necessária entre verdade e norma genérica, incorre-se, ao menos, em um sério equivoco, o de vincular o dogma moderno da segurança jurídica à busca de uma verdade.

Ainda que a linguagem, tomada em sua concepção objetológica, tivesse a capacidade de apreender o caso real, certo é que, nem mesmo assim, seria possível concluir que o apego do ato de decisão judicial à norma genérica, em nome do dogma da segurança jurídica, resultaria, necessariamente, no alcance de uma verdade, seja ela qual for. Atrelar o alcance da verdade por meio do ato de decisão judicial ao vínculo que ele supostamente deve manter com a norma genérica é, antes de tudo, uma opção ideológica, jamais ontológica. Ademais, insta salientar que a suposta busca pela verdade e o vínculo do ato de decisão judicial a uma norma genérica têm, pelo menos, um aspecto em comum, o de menosprezar o caráter linguístico do ato de decisão judicial. Menosprezo que fica ainda mais evidente quando se constata que essa compreensão, quanto ao ato de decisão judicial, despreza, também, a feição pragmática da linguagem, à medida que desconsidera que qualquer verdade, considerada como produto da linguagem, é sempre a verdade dos usuários da linguagem em um dado contexto linguístico<sup>818</sup>.

Disto decorre a quinta viga que alicerça o ato de decisão judicial no panorama de uma teoria da argumentação judicial, qual seja, a sua concepção hermenêutica não afeita à subsunção. O ato de decisão judicial não é fruto da subsunção do caso à norma genérica. Essa circunstância, aliás, não é uma conquista da pós-modernidade, mas conquista que encontra suas raízes no realismo norte-americano, em especial, em Oliver Wendell Holmes Jr.<sup>819</sup>, o qual, como salienta Adeodato<sup>820</sup>, já de algum tempo sustentava o caráter empírico, casuístico e mutável do ato de decisão judicial e a circunstância de que sua premissa maior encontra-se encoberta, ou que é até mesmo inconfessável<sup>821</sup>. É o próprio Adeodato, citando Karl

---

<sup>818</sup> JACKSON, Bernard. *Truth or Proof? The criminal verdict. International Journal for the Semiotics of Law*, v. XI, n. 33, 1998, p. 261.

<sup>819</sup> HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little Brown, 1938, p. 1.

<sup>820</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 310.

<sup>821</sup> *Ibidem, loc. cit.*

Llewellyn<sup>822</sup>, que afirma que as “normas jurídicas genéricas nem expressam aquilo que o direito realmente é, o que os tribunais decidem caso a caso, nem sequer produzem suas possibilidades”<sup>823</sup>. Contudo, apesar da proximidade entre a quinta viga da teoria da argumentação judicial aqui proposta e a contribuição oferecida pelo realismo norte-americano, é possível assinalar, ao menos, uma sensível distinção entre ambas. Enquanto a teoria da argumentação judicial critica a concepção silogística subsuntiva e sustenta uma estrutura entimemática para o ato de decisão judicial, o realismo norte-americano apenas critica o uso do silogismo a serviço da subsunção<sup>824</sup>.

O ato de decisão judicial não é uma decorrência lógica da norma genérica a partir da qual é extraída a ilação do caso relatado. Como acentua Adeodato, o juiz, ao constituir o seu ato de decisão, percorre o caminho inverso. É dizer, primeiro “forma uma decisão de modo mais ou menos vago e só depois tenta encontrar as premissas com as quais fundamentá-la”<sup>825</sup>. Mas o que leva este ser humano carente, o juiz, a agir desta forma? Qual seria a sua motivação? Se não é possível delimitá-la precisamente, o certo é que a “motivação vital do juiz parece ser um impulso pessoal baseado em uma intuição particular do que é certo ou errado, desejável ou indesejável”<sup>826</sup>. Mas não apenas isso. O que parece, realmente, determinar a escolha realizada pelo magistrado quando da confecção de seu ato de decisão são os “fatores individuais que constituem freqüentemente as causas mais importantes dos resultados dos julgamentos”<sup>827</sup>. Essa concepção quanto à constituição do ato de decisão judicial é tão mais convincente que a defendida pela modernidade, conforme adverte Jerome Frank<sup>828</sup>, citado por Adeodato<sup>829</sup>, que a modernidade, ao invés de criticá-la, quase sempre prefere, estrategicamente, não mencioná-la.

O que se constata, de fato, quando da composição do ato de decisão judicial, é que o texto da lei, “metonimicamente confundido com a norma”<sup>830</sup>, funciona apenas como invólucro da escolha que caracteriza o ato de decisão judicial. Escolha que não é determinada

<sup>822</sup> LLEWELLYN, Karl. Some Realism about Realism. *Harvard Law Review*. n. 44, Cambridge: Cambridge University Press, 1931, p. 1222. Consulte-se, ainda, MACHADO NETO, A. L. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 94.

<sup>823</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. *Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 310.

<sup>824</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>825</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>826</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>827</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>828</sup> FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. London: Stevens & Sons, 1949, p. 100-106.

<sup>829</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 311.

<sup>830</sup> *Ibidem, loc. cit.*

por uma “norma-texto”<sup>831</sup>, antes é conduzida pelos valores que gravitam em torno da interpretação e aplicação que individualizam o ato de decisão judicial. Valores que não se encontram à deriva no momento em que o ato de decisão judicial é composto, mas que estão devidamente controlados por uma determinada ideologia. Sendo certo que o texto da lei desempenha uma função de grande relevância na construção da norma que resulta do ato de decisão judicial, não é menos certo que não é esse texto que o orienta, antes é a escolha do magistrado guiada por uma ideologia que o determina<sup>832</sup>. A mesma ideologia que, não satisfeita em interferir no ato de decisão judicial e na construção da norma do caso concreto, ainda contamina a composição do texto da lei e o relato do caso que individualiza a norma específica que decorre do ato de decisão judicial.

Somente quando o ato de decisão judicial toma em consideração o relato do caso constante dos autos, é que a norma, que dele deriva, adquire sua identidade possível<sup>833</sup>. Essa circunstância não representa qualquer demérito para o ato de decisão judicial ou para a norma que dele resulta, antes se mostra como hermenêuticamente necessária e apriorística<sup>834</sup>. Ademais, mesmo que o ato de decisão judicial conviva supostamente com uma norma aparentemente genérica e abstrata, esta não precede ao caso, como acentua a hermenêutica da subsunção, antes é construída a partir dele, assim como também o é a norma concreta<sup>835</sup>. Ou seja, a norma genérica “não está previamente colocada”<sup>836</sup> ao ato de decisão judicial, “mas somente seu texto, produzido pelo legislador mediante critérios de validade”<sup>837</sup> e contaminado por uma determinada ideologia, é que existe previamente à constituição do ato de decisão judicial<sup>838</sup>. Logo, quando o texto da lei é confundido com a norma, é porque a escolha do ato de decisão judicial já se encontra sutilmente encoberta. Eis o problema do ato de decisão judicial que não se deixa orientar pela norma genérica, o problema existencial da escolha.

---

<sup>831</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 311.

<sup>832</sup> “[...] a sentença, malgrado todo logicismo hermenêutico, segue o processo psicológico de encontrar a solução e ir, depois, buscar as premissas que a ratifiquem, em vez de seguir o processo lógico que vai das premissas à conclusão, como ingenuamente supunham os partidários da aplicação silogística [...]”, cf. MACHADO NETO, A. L. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 94.

<sup>833</sup> Não é possível falar em identidade plena, face ao abismo gnosiológico do caráter linguístico do ato de decisão judicial.

<sup>834</sup> KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002a, p. 185.

<sup>835</sup> ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. 311.

<sup>836</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>837</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>838</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 111-112.

Uma escolha sem possibilidade de teste. Uma escolha que não admite tentativa, que não admite o erro.

Torna-se, então, perceptível que a principal tese desenvolvida pela teoria da argumentação judicial aqui constituída não é, simplesmente, asseverar a diferença entre o texto de lei e a norma que decorre do ato de decisão judicial. A tese fundamental é a de que, no processo de criação da norma do caso concreto, o ato de decisão judicial não é precedido nem conduzido por nenhuma norma genérica. Circunstância essa que acaba por deflagrar uma acirrada divergência com uma concepção subsuntiva do ato de decisão judicial, a qual defende que o ponto de partida de tal ato encontra-se no texto da norma, geral e *a priori*. Mas quais são os principais aspectos dessa divergência?

Em primeiro lugar, a circunstância de que o ato de decisão judicial analisado empiricamente<sup>839</sup> não apresenta qualquer sinal capaz de determinar que tal ato mantenha, necessariamente, um vínculo com alguma norma genérica<sup>840</sup>. E o que isso se significa? Significa que, enquanto a teoria da argumentação judicial percebe o ato de decisão judicial como um fenômeno *também* indutivo, partindo do caso relatado para a norma concreta, a concepção subsuntiva compreende-o apenas de forma dedutiva, sempre derivando de uma norma, a norma genérica. Todavia, o que a teoria aqui esboçada objetiva sustentar quanto ao ato de decisão judicial não é a tese de que ele deva ser lido, exclusivamente, de forma indutiva. O que ela propõe é que o ato de decisão judicial resulte de uma espiral dialética<sup>841</sup> entre texto de lei, caso relatado, norma concreta e valor aplicado<sup>842</sup>. Espiral esta que não é nem apenas dedutiva, da norma para o caso, nem apenas indutiva, do caso para a norma, mas, sim, o produto da interação de ambos os métodos<sup>843</sup>. Interação que acaba por se constituir na sexta vigia da teoria da argumentação judicial na qual se encontra contextualizado o ato de decisão judicial.

A interação dos métodos dedutivo e indutivo, por seu turno, apresenta algumas peculiaridades. A primeira delas é que a espiral dialética dedutivo-indutiva em que consiste o ato de decisão judicial, em regra, inicia-se a partir do caso relatado, de forma indutiva. É dizer, o caso relatado provoca a jurisdição, a qual se vê obrigada a ofertar um ato de decisão judicial. Este ato de decisão judicial, por sua vez, delimitado pelo relato do caso e orientado

<sup>839</sup> Na maior parte dos casos da prática forense.

<sup>840</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 311.

<sup>841</sup> KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002a, p. 187.

<sup>842</sup> Consulte-se a apresentação à segunda edição, cf. ADEODATO, *Op. cit.*, 2006, p. XXIII.

<sup>843</sup> KAUFMANN, *Op. cit.*, 2002, p. 187-188.

pelos valores que impregnam a interpretação judicial, vale-se de raciocínio analógico para identificar algum possível texto de lei que a ele possa ser aplicável. É neste instante que o método dedutivo é utilizado, aplicando-se o texto de lei, valorativamente escolhido pelo magistrado e ideologicamente construído pelo legislador, ao caso relatado. O certo é que, tendo em consideração esta primeira peculiaridade, o ato de decisão judicial reafirma, uma vez mais, o seu caráter tópico, vez que, enquanto a dedução é analítica e sistemática, a indução é casuística e problemática<sup>844</sup>.

A segunda peculiaridade, ainda no que toca à interação da indução com a dedução, é a de que o processo de composição do ato de decisão judicial é sempre analógico<sup>845</sup>. Primeiro porque não há caso que seja inteiramente igual ou totalmente distinto do que está sendo relatado no processo<sup>846</sup>. Segundo porque a própria lei, ao ser elaborada, dirige-se, em tese, a um grupo de casos semelhantes entre si<sup>847</sup>. Casos que, entre alguns pontos possíveis de semelhança, são organizados pela lei de acordo o ponto de semelhança ideologicamente por ela selecionado. Terceiro porque, no momento em que o ato de decisão judicial está sendo elaborado, o magistrado, de forma consciente ou não, toma o caso relatado como ponto de partida, seleciona, segundo seus valores e experiência, um texto da lei e/ou de jurisprudência que é aplicável em casos, que de acordo com a sua pré-compreensão, são semelhantes, e, após isto, retorna ao caso relatado, justificando sua decisão com base na semelhança entre o caso já decidido e o que está sendo decidido. Em suma, o ato de decisão judicial parte do empírico, vai ao genérico, e retorna ao empírico.

A terceira peculiaridade, quanto à interação da indução e da dedução, é que tal interação torna mais clara, ainda, a índole desconstruível do ato de decisão judicial. Índole mais perceptível quanto mais verossímil se torna a total ruptura entre o ato de decisão judicial e uma suposta norma genérica, fruto do estoque de ilusões sociais<sup>848</sup>. Ademais, tal índole decorre, ainda, da circunstância de que o ato de decisão judicial não alcança necessariamente uma única resposta correta, salvo para o juiz Hércules de Ronald Dworkin<sup>849</sup>. Se tais razões não são suficientes para compreender a índole desconstruível do ato de decisão judicial, é

---

<sup>844</sup> KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002a, p. 186.

<sup>845</sup> *Ibidem*, p. 188.

<sup>846</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>847</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>848</sup> SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, n. 7. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 251.

<sup>849</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Jéferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 302-303.

possível, ainda, arrolar uma outra: a de que o ato de decisão judicial é constituído a partir da semelhança aproveitada pela analogia. Mas por que a similitude confere ao ato de decisão judicial uma índole desconstruível? Porque a similitude que o constrói é sempre uma similitude linguisticamente organizada segundo os valores que presidem a pré-compreensão do magistrado. Logo, se a similitude é a semelhança selecionada pelo ato de decisão judicial, a analogia é “aquilo que está para ser reconhecido”, mas que “não é reconhecido em si ou por si (no seu ser)”, antes é reconhecido na “*relação* mantida com um outro, que é mais conhecido”<sup>850</sup> pelo magistrado, a sua escolha. Uma escolha sempre ideologicamente determinada e, existencialmente, contextualizada. Em suma, uma escolha *problemática*<sup>851</sup>.

Por sua vez, a segunda divergência entre a teoria da argumentação judicial ora desenvolvida e a concepção subsuntiva quanto ao ato de decisão judicial é a circunstância de que, segundo teoria aqui construída, o ato de decisão judicial, como já salientado<sup>852</sup>, não pode ser compreendido como ato exclusivamente racional, habilitado a alcançar uma única resposta correta de carácter universal. Toda teoria sobre o ato de decisão judicial que almeje para este uma resposta universal é, antes mais nada, um argumento a esconder “o carácter irracional da realidade, casuística e irrepetível”<sup>853</sup>. O juiz Hércules, além de uma bela figura metafórica, é também uma linda construção mitológica. Um mito que repousa sobre uma suposta racionalidade universal e uma imaginável objetividade da moral. Em que lugar foi parar a face humana do super-homem denominado *juiz*?

Diante do até aqui exposto, torna-se possível concluir que o método tópico de construção do ato de decisão judicial, estruturado de forma indutivo-dedutiva, é o método mais adequado às vigas já fixadas da presente teoria da argumentação judicial, na qual se encontra contextualizado o ato de decisão judicial. Esta adequação resulta, em primeiro lugar, da leitura mais cética possível de ser feita quanto ao ato de decisão judicial, uma leitura desconfiada de sua imparcialidade. Em segundo lugar, da utilidade do método tópico à estrutura entimemática do ato de decisão judicial, vez que, ao tomar o caso relatado como

---

<sup>850</sup> KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002a, p. 187.

<sup>851</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>852</sup> Consulte-se o terceiro capítulo acerca do tema.

<sup>853</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 311. Consulte-se, também, ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann)**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 115-117.

ponto de partida, mantém-se encoberta a premissa maior<sup>854</sup> desconhecida, isto é, a sua escolha pré-compreensiva. E, em terceiro lugar, da circunstância de que os *tópoi*, por serem “opiniões mais ou menos indefinidas a que, ainda assim ou talvez justamente por isso, a maioria empresta sua adesão”<sup>855</sup>, acabam por se constituir em excelentes estratégias à serviço do ato de decisão judicial. Estratégias úteis ao preenchimento dos “inevitáveis pontos obscuros e ambíguos”<sup>856</sup> do caso relatado e do texto legislado a partir da “própria opinião pessoal”<sup>857</sup> do magistrado manifestada no ato de decisão judicial. Opinião pessoal sempre “baseada em pressuposições que permanecem implícitas como se evidentes fossem, como se fossem as opiniões de ‘todos’”<sup>858</sup>.

Delimitadas de forma razoável as bases da teoria da argumentação judicial, na qual se vê contextualizado o ato de decisão judicial, é possível concluir, valendo-se de um significativo exemplo jurisprudencial, que a teoria aqui desenvolvida e a estrutura aqui traçada para o ato de decisão judicial podem ser de alguma utilidade para prática judicial em tempos de pós-modernidade. E o exemplo que permite a extração dessa conclusão é exemplo originado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Tal exemplo é comprovado a partir de uma breve transcrição de um pequeno trecho da ementa do julgado: “Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la”<sup>859</sup>.

É certo que, quando se propõe uma teoria de argumentação judicial com as vigas que ficaram estabelecidas, torna-se possível inferir que o ato de decisão judicial encontra-se lastreado sobre fundamentos alopoiéticos. O que permite tanto ao subsistema ideológico quanto ao subsistema econômico, dentre outros, interferirem de forma relevante no subsistema do direito e, em especial, na composição do ato de decisão judicial. Eis, então, a realidade do ato de decisão judicial, uma realidade situacional<sup>860</sup>, uma realidade aberta a interferências. Esta é a circunstância que a pós-modernidade impõe como desafio para o ato

<sup>854</sup> A premissa maior, por vezes, equipara o ser ao dever ser, cf. SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, n. 7. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 259.

<sup>855</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 312.

<sup>856</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>857</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>858</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>859</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Recurso Extraordinário n. 111.787 – Goiás, Min. relator Aldir Passarinho, relator do acórdão Min. Marco Aurélio de Mello. Diário de Justiça, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 13-9-1991, p. 12490, ementa v. 1633, p. 158. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 136, t. 3, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1991, p. 1292-1306.

<sup>860</sup> SOBOTA, *Op. Cit.*, 1996, p. 253.

de decisão judicial. Negá-la não é resolvê-la; acobertá-la não é enfrentá-la. O que fazer diante dela?

Não mencionar a norma<sup>861</sup> genérica. Não mencionar essa ilusão criada pelo direito na modernidade. Não continuar a fundamentar o ato de decisão judicial nesta e em outras ilusões. E qual a primeira ilusão aplicável ao ato de decisão judicial na modernidade? A de que os fatos existem<sup>862</sup>. Esta, por sua vez, remete a uma segunda ilusão, a de que o juiz tem a capacidade de conhecer os fatos<sup>863</sup>. Da qual, por seu turno, resulta uma terceira, a de que o juiz conhece o direito<sup>864</sup>, todo o corpo de leis que constitui o ordenamento jurídico. Da qual decorre uma quarta, uma das mais difundidas ilusões, a de que os fatos se justapõem à norma<sup>865</sup>, que envia, de imediato, a uma quinta: a de que todo texto legal tem sentido próprio<sup>866</sup>, independente do contexto em que é empregado. E da qual deriva uma sexta, a de que toda norma é autoaplicável<sup>867</sup>.

Se a circunstância de o ato de decisão judicial se encontrar sujeito a interferências alopoiéticas é compreendida pela modernidade como uma ameaça à legitimidade do ato de decisão judicial, a pós-modernidade a entende como própria de uma sociedade cada vez mais complexa e diferenciada, na qual o ato de decisão judicial é um discurso desconstruível, marcado pelos abismos gnosiológico e axiológico, e, por isso mesmo, incapacitado de decidir sobre o efetivo caso real. Com a consciência do caráter linguístico do ato de decisão judicial e de todos os satélites que em torno dele gravitam (o texto de lei, o caso relatado e a norma concretamente construída), logo se percebe que o ato de decisão judicial é ato necessariamente sujeito à possibilidade de interferência ideológica. Negar esta interferência sob o argumento da crise de legitimidade não é contextualizar o ato de decisão judicial no cenário irreversível da pós-modernidade, é manter sua estrutura sob o pálio da modernidade. A mesma modernidade que sempre privilegiou o caráter racional do ato de decisão judicial e negou qualquer importância à ascensão na sua constituição.

---

<sup>861</sup> SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, n. 7. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 255. A norma a que se faz alusão nessa passagem é a norma genérica.

<sup>862</sup> SOBOTA, *Op. Cit.*, 1996, p. 269.

<sup>863</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>864</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>865</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>866</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>867</sup> *Ibidem, loc. cit.*

#### 4.5 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E A ASCESE

Diante de tudo quanto exposto ao longo do presente capítulo, e tomando-se como pressuposto a circunstância de que o ato de decisão judicial é uma construção linguística voltada a obter o convencimento dos envolvidos no processo judicial, torna-se possível desconfiar do relevante papel que é desempenhado pela *ascese* tanto na construção do ato de decisão judicial quanto na obtenção do convencimento das partes do processo e da sociedade como um todo.

Qual o significado da palavra *ascese*? *Ascese* é o estado de ânimo daquele que é convencido pelo discurso, ou seja, é o que está aberto ao entendimento<sup>868</sup>. Mas qual a importância da *ascese* para o ato de decisão judicial compreendido como ato linguístico e de estrutura entimemática? Há, ao menos, dois fatores que a justificam.

O primeiro é o de compreender que, se o ser humano é carente (o juiz não tem a capacidade de conhecer o conflito real), a linguagem é congenitamente imprecisa, a comunicação é improvável<sup>869</sup> (entre o caso real e o caso relatado há um abismo gnosiológico), e a única realidade com a qual o ser humano convive é a linguagem. Para que algum consenso, ainda que precário, seja alcançado ao final do processo, torna-se indispensável que o ato de decisão judicial se aproveite da *ascese*<sup>870</sup>. E o que é se aproveitar da *ascese*? É a capacidade de capturar as emoções envolvidas na situação jurídica processual, ou despertar emoções nos atores processuais constantes deste cenário, e utilizá-las, associadas com outros argumentos, para extrair o convencimento dos personagens da cena processual. Se todo ato de decisão judicial é um ato de interpretação, e se toda interpretação requer uma posterior argumentação que a justifique, então, a *ascese* é elemento indispensável ao ato de decisão judicial. Em suma, se a linguagem é imprecisa e a racionalidade não é exclusiva, a emoção é persuasiva.

Uma segunda razão para que se confira papel de destaque à *ascese* é a de que, como dito linhas atrás, na composição do ato de decisão judicial, a escolha precede à justificativa. Sendo certo que esta regra não é absoluta, porque a justificativa pode, em tese, alterar a escolha, também é certo que a justificativa só se sobrepõe à escolha quando esta não

<sup>868</sup> “[...] a atitude de *querer entender* os argumentos, sem estar a toda hora procurando contradições e contra-argumentos [...]”, cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 262.

<sup>869</sup> Improbabilidade de entendimento entre os interlocutores envolvidos em uma dada situação, improbabilidade de divulgação da mensagem no seio de uma comunidade de comunicação e improbabilidade de obtenção do resultado desejado pela fala. Cf. LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 4. ed. Tradução: Anabela Carvalho. Lisboa: Vega Limitada Passagens, 2006, p. 42-43.

<sup>870</sup> ADEODATO, *Op. Cit.*, 2007, p. 262.

pode ser cuidadosamente encoberta por meio de um entimema. Se for possível, então, quanto ao ato de decisão judicial, presumir o primado da escolha sobre a justificativa, ou, como prefere Coutinho, o primado da hipótese sobre o fato<sup>871</sup>, é possível também desconfiar que, na construção de um ato jurídico, assim como em um ato qualquer da vida cotidiana, a emoção precede a razão<sup>872</sup>, assim como o desejo precede a consciência<sup>873</sup>. Como assinala Hermann Kantorowicz, todo dever-ser é ser porque o dever ser é querer<sup>874</sup>. Em uma só palavra, o ato de decisão judicial não é tão racional quanto parece<sup>875</sup>.

Não sendo as duas razões apontadas suficientes, convém, ainda, ressaltar outros aspectos que também colocam a ascese em evidência na composição do ato de decisão judicial. O primeiro deles é o de que se o ato de decisão judicial é, também, um ato de interpretação, então é certo que este seja também um *ato de autocompreensão do juiz*<sup>876</sup>. É dizer, o ato de decisão judicial não é um ato de compreensão do caso relatado, antes se mostra como um ato de autocompreensão do magistrado, pois, entre o caso relatado nos autos do processo e o caso compreendido pelo magistrado, há, pelo menos, dois abismos, o gnosiológico e o axiológico. Abismos que não são superados pela compreensão do magistrado, pois a razão não tem capacidade de transpor os mesmos, mas que são contornados pela interferência da ascese na elaboração do ato de decisão judicial<sup>877</sup>. Logo, o caso que o magistrado julga não é nem o caso real, nem o caso relatado pela parte autora da demanda processual, mas, sim, o caso por ele autocompreendido, o caso que lhe serve de espelho<sup>878</sup>.

Ademais, a importância da ascese para a configuração do ato de decisão judicial torna-se ainda mais relevante quando se percebe que a própria linguagem não é, em si, fruto da razão, antes se revela uma decorrência do instinto<sup>879880</sup>, face à falta de adaptação do ser

<sup>871</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 32.

<sup>872</sup> AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. O Amor como fundamento legitimador do Direito. **Revista Forense**, v. 383. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 491.

<sup>873</sup> LACAN, Jacques. **O seminário**, livro 8: a transferência. Texto estabelecido por Jacques Alain-Miller. Tradução: Dulce Duque Estrada. Revisão do texto: Romildo do Rego Barros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1992, p. 46.

<sup>874</sup> KANTOROWICZ, Hermann. **La definición del Derecho**. Madri: Revista do Ocidente, 1964, p. 6.

<sup>875</sup> KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002b, p. 43.

<sup>876</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>877</sup> É o que Kaufmann denomina como *sensibilidade jurídica*, cf. KAUFMANN, *Op. cit.*, 2002b, p. 175.

<sup>878</sup> KANTOROWICZ, *Op. cit.*, 1964, p. 9.

<sup>879</sup> NIETZSCHE, Friedrich: **Da retórica**. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. Lisboa: Vega, 1995, p. 93.

<sup>880</sup> A linguagem não é nem uma mensagem de Deus enviada aos seres humanos, nem tampouco uma convenção celebrada entre eles, à similitude de um contrato social. Não é uma mensagem divina porque a própria figura de Deus é uma figura linguística. Não é uma convenção entre os interlocutores porque esta circunstância parte do pressuposto de que no momento do acordo existia mais de uma opção de linguagem, que uma delas é escolhida

humano ao mundo circundante<sup>881</sup>. Sendo certo que o instinto, como quer Nietzsche, é um ato inconsciente e finalístico<sup>882</sup>, então é certo que a linguagem é um ato irracional<sup>883</sup> e que a consciência, que dela deriva, também o é<sup>884</sup>, pois quanto mais consciência se tem da linguagem, mais inconsciente se percebe que ela é. Portanto, compreender que o ato de decisão judicial é um ato exclusivamente racional subordinado a uma suposta norma genérica ou à lei não apenas é uma ficção moderna, como também é uma fundamentação aparente<sup>885</sup> que subestima o poder da *ascese*.

Não é a racionalidade que viabiliza um ato de decisão judicial tolerante. A tolerância não é uma explicação, e, sim, uma sensibilização (*ascese*). Mas não uma sensibilização fraterna e piedosa, antes uma sensibilização egocêntrica e conflituosa, vez que não é o amor<sup>886</sup> ao próximo que convence, mas é o amor a si próprio que consente. O que tem a capacidade de persuadir as partes não é o amor que uma tem pela outra ou pelo Estado-juiz, mas, sim, o amor que cada uma sente por si mesma. É esse amor que precisa ser aproveitado pelo magistrado na elaboração de seu ato de decisão, pois quanto mais sensível for o ato de decisão judicial, mais convincente ele será. Por conseguinte, o ato de decisão judicial, contextualizado na era pós-moderna, não é ato que encobre a irracionalidade da linguagem e a interferência da sensibilidade, mas ato que convive com tais fatores próprios da humanidade. “Qualquer língua é um dicionário de metáforas extintas”<sup>887</sup>.

---

de forma consciente e essa escolha é fruto do consenso entre os agentes da fala. Por isso, como quer Nietzsche, a origem da língua não é a consciência, pois a consciência é produto da linguagem. A origem da língua é o instinto. Cf. NIETZSCHE, Friedrich: **Da retórica**. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. Lisboa: Vega, 1995, p. 94-96.

<sup>881</sup> KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002b, p. 37.

<sup>882</sup> NIETZSCHE, *Op. cit.*, 1995, p. 94.

<sup>883</sup> “O racionalismo é apaixonado da simetria, da construção lógica impecável, geométrica, perfeita. [...] Foi a mesma paixão da simetria que sempre levou os racionalistas à utopia”, cf. MACHADO NETO, A. L. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 91.

<sup>884</sup> NIETZSCHE, *Op. cit.*, 1995, p. 91.

<sup>885</sup> KAUFMANN, *Op. cit.*, 2002b, p. 176.

<sup>886</sup> Utiliza-se aqui as expressões *amor*, *ascese* e *sensibilidade* como expressões similares. Sabe-se que tais expressões apresentam distinções entre si e que Platão apontou diferentes significados para o amor. Contudo, o presente texto não tem a finalidade de aprofundar esta e outras questões relativas à matéria. Cf. KANTOROWICZ, Hermann. **La definición del Derecho**. Madri: Revista do Ocidente, 1964, p. 12-16.

<sup>887</sup> NIETZSCHE, *Op. cit.*, 1995, p. 71.

## **5 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL, A ESTRUTURA DA NORMA E UMA POSSÍVEL IRRACIONALIDADE**

Qualquer língua é um dicionário de metáforas extintas. (NIETZSCHE, Friedrich. **Da retórica**. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. 1.ed. Lisboa: Editora Veja, 1995, p. 71).

**SUMÁRIO: 5.1 A ESTRUTURA DA NORMA E O ATO DE DECISÃO JUDICIAL. 5.1.1 O valor e a ideologia. 5.1.2 O caso e a ideologia. 5.1.3 O texto e a ideologia. 5.1.4 A norma: mensagem comunicada e ideologia.**

O motivo que leva à confecção deste último capítulo é a desconfiança de que possa existir uma relação entre a norma e a ideologia e de que esta relação possa ser identificada em cada um dos elementos que compõem a estrutura da norma. É dizer, a pergunta fundamental que justifica a confecção do presente capítulo é: qual a relação entre a ideologia e os possíveis elementos que compõem a norma? Mas, como uma pergunta sem uma hipótese que a guie é uma pergunta desorientada, torna-se necessário definir a hipótese que irá conduzir o presente capítulo. E a hipótese que irá orientá-lo é a suspeita de que o ato de decisão judicial, em verdade, é um ato irracional. Suspeita esta que encontra seu ponto de partida no último item do capítulo anterior, ou seja, que tem suas primeiras nuances suscitadas na passagem dedicada à ascese.

Para se alcançar a confirmação ou a retificação da hipótese que conduz este capítulo, indispensável se faz traçar um caminho. E este caminho encontra na relação entre a norma e o ato de decisão judicial o seu primeiro passo. Um primeiro passo que se incumbe de duas tarefas a um só tempo, quais sejam, consignar a inexistência de uma norma de natureza genérica e sustentar a ideia de que toda norma é derivação do ato de decisão judicial que a produz. Mas, além de se dedicar às duas mencionadas tarefas, neste primeiro passo já são enunciadas algumas justificativas úteis a corroborar com a hipótese de que o ato de decisão judicial é um ato irracional.

Com tal peculiaridade, este primeiro passo já denuncia a estratégia que será empregada neste capítulo na exposição da hipótese, a de que não se dedicará um tópico específico para apresentar todos os argumentos que justificam a suscitada hipótese. Mas apresentar-se-á, ao longo do texto, de forma pulverizada, os argumentos que serão úteis para subsidiá-la.

Para que a hipótese continue a ser testada, o segundo passo, tão importante quanto o primeiro, é verificar em cada um dos elementos que compõem a norma como se dá a sua relação com a ideologia e como esta relação pode, de alguma forma, revelar novos aspectos quanto à irracionalidade do ato de decisão judicial. Para tanto, torna-se indispensável, já agora, nesta abordagem introdutória, delimitar qual é a estrutura da norma que será utilizada ao longo do capítulo. Como esta estrutura não pode ser fruto de uma opinião desprovida de qualquer fundamentação, adota-se aqui a estrutura da norma oferecida por Adeodato na apresentação à segunda edição de sua obra “Ética e Retórica”<sup>888</sup>. É dizer, a norma concreta que decorre do ato de decisão judicial será entendida como a estrutura constituída, a um só tempo, pelo caso admitido pelo magistrado, pelo texto, que, em regra, é o da lei, e pelo valor, que não é um elemento autônomo, mas, sim, um satélite que gravita e interfere na produção da norma, do caso e do texto<sup>889</sup>. O valor está sempre sujeito às ingerências da ideologia, e é por meio dele que a ideologia encontrará uma de suas formas de acesso à produção da norma concreta que decorre do ato de decisão judicial.

Com o propósito de facilitar a compreensão ao longo da exposição acerca de cada um dos elementos da estrutura da norma concreta, será utilizado como marco referencial o processo penal. Ou seja, cada um dos elementos que compõem a norma que resulta do ato de decisão judicial, bem como a ideologia que sobre ele interfere, serão analisados a partir do prisma epistemológico do processo penal. Perguntar-se-á: por que o processo penal foi tomado como exemplo? Porque, se a hipótese deste capítulo é a irracionalidade do ato de decisão judicial, o melhor campo para testá-la, certamente, é o processo penal, dada a circunstância de que se trata, dentre todas as espécies de processo, a mais violenta que existe e, portanto, a mais sujeita a alguma manifestação de irracionalidade. Se o processo penal, em si mesmo, é uma violência, forçoso é concluir que esta espécie de processo, mais que qualquer outra, requer estratégias que legitimem o exercício do poder jurisdicional e disfarcem qualquer irracionalidade que venha a se manifestar, vez que, nesta seara de atuação do ato de decisão judicial, a linha que demarca uma possível distinção entre a barbárie e a civilidade é muito tênue. Em suma, se o ato de decisão judicial tiver mesmo índole racional, esta terá que resistir ao teste do processo penal, pois a violência que lhe é inerente demanda do ato de decisão judicial uma dose extra de racionalidade, se for possível admiti-la, a partir do que ficou consignado sobre a ascese.

---

<sup>888</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XXIII.

<sup>889</sup> *Ibidem, loc. cit.*

Com o intuito de que a hipótese seja posta à prova, é de todo imperioso dar o primeiro passo diante da jornada que se avizinha. E é com este propósito em mente que se passa a analisar a estrutura da norma, a relação desta com o ato de decisão judicial e a noção de *norma genérica*.

## 5.1 A ESTRUTURA DA NORMA E O ATO DE DECISÃO JUDICIAL

Definir a estrutura da norma e sua relação com o ato de decisão judicial é tarefa que requer alguma cautela. A primeira é a de esclarecer o que se entende por *norma*. Quando se indaga quanto ao que se pode entender por *norma*, não se deseja oferecer sua definição, ainda que de forma oblíqua acabe por se recair nesta circunstância. O que se pretende é perquirir quanto à existência, ou não, de uma norma genérica. Em outros termos, e já relacionando a ideia de norma ao ato de decisão judicial: existe norma antes do ato de decisão judicial? E como uma pergunta suscita outra, surge à mente, logo a seguir, outras indagações. Se há uma norma antes do ato de decisão judicial, esta norma é aquela que Kelsen denomina como genérica<sup>890</sup>? A norma genérica é o mesmo que a lei? E se a norma só existe após o ato de decisão judicial, o que determina e orienta a produção desta norma? Como já é possível perceber, só se pode adentrar o problema da estrutura da norma e de sua relação com o ato de decisão judicial se, antes, cada um desses questionamentos for devidamente enfrentado, sob pena de se incorrer em um salto metodológico e comprometer a inteligibilidade do raciocínio desenvolvido.

Veja-se o primeiro questionamento formulado: existe norma antes do ato de decisão judicial? Ao longo do quarto capítulo, procurou-se abordar com rigor esta questão. Naquela oportunidade, registrou-se que não há uma norma genérica que preceda à realização do ato de decisão judicial e que, se houver, ela é apenas um artifício entimemático para encobrir a decisão que previamente já havia sido tomada pelo julgador. Mas o que significa esta assertiva? Significa que toda norma é casuística, e que norma e lei não se confundem, antes se relacionam. Mas apenas isto? Não. Significa também que toda norma é fruto do ato

---

<sup>890</sup> “[...] e os tribunais aplicam as normas jurídicas gerais ao estabelecerem normas individuais, determinadas, quanto ao seu conteúdo, pelas normas jurídicas gerais, e nas quais é estatuída uma sanção concreta: uma execução civil ou uma pena. Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre a dinâmica do Direito, o estabelecimento da norma individual pelo tribunal representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção. Este processo [...] parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto). É um processo de individualização ou concretização sempre crescente”, cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 263.

de decisão judicial<sup>891</sup> e que, por conta disso, a norma não é o produto de uma operação exclusivamente racional, antes resulta da afetação que o caso desperta no juiz.

Aliás, é o próprio Kelsen que parece apontar nesta direção ao admitir que o julgamento não tem como meta o alcance da justiça, pois, se tivesse, o julgamento tornar-se-ia uma operação valorativa, determinada por “fatores emocionais e, conseqüentemente, de caráter subjetivo, válido apenas para o sujeito que julga e, por conseguinte, apenas relativo”<sup>892</sup>. Diante de tal assertiva, poderia surgir a seguinte indagação: se, para Kelsen, o julgamento não tem por escopo a justiça, mas, sim, a aplicação da norma genérica, esta circunstância importa concluir que o ato de aplicação da norma genérica, isto é, o ato de decisão judicial, segundo o próprio Kelsen, é ato exclusivamente racional de caráter meramente declaratório?

Para tal pergunta, a única resposta possível é não. Primeiro, porque é o próprio Kelsen que se apressa a afirmar que o ato de aplicar a norma genérica ao caso não é ato de natureza declaratória, mas possui feição constitutiva<sup>893</sup>, vez que o juiz “não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do Direito ou juris-‘dição’ (‘declaração’ do Direito) neste sentido declaratório”<sup>894</sup>. Segundo, porque é Kelsen que, ao se debruçar sobre o problema da interpretação, adverte que esta operação não é exclusivamente racional, nem é organizada por um método<sup>896</sup>, antes conduz à produção de

---

<sup>891</sup> “Nessuno, con gli occhi aperti, crede più all’identità, texto-norma, illusoriamente asserita dagli illuministi devoti allá ‘Loi’ e relativa mitologia, o alle fiabe spacciate dall’Ecole de léxégèse sull’ermeneutica-scienza esatta: da una formula escono tante norme quante sono le teste dissidenti finché non sopravvenga um fatto abrogativo, i testi durano immobili ma il senso muta e correlativamente variano le norme, nel tempo e nello spazio [...]”. Cf. CORDERO, Franco. *Guia alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986, p. 17-18.

<sup>892</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 10.

<sup>893</sup> É o que também defende Emilio Betti, ao consignar que a interpretação “nunca é uma repetição mecânica e uma tradução literal das normas abstratas relativamente a uma pura e simples ‘subsunção’ a estas dos casos a serem decididos, como são levados a opinar os fanáticos do positivismo jurídico e da certeza (*security*) das leis, seguidores de uma concepção estática e anti-histórica do direito positivo, que nisso distinguem uma vontade cristalizada, definitivamente expressa. Ao contrário, essa interpretação tem sempre a tarefa de vivificar, mediante uma reflexão incessante de atualizar e de renovar – seguindo passo a passo o movimento perene da vida social – as expressões e as formulações superadas, conferindo-lhes o valor que, sem se destacar e sem levar em conta o significado originário, for mais conforme às exigências da atualidade na moldura do sistema”, cf. BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Tradução: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 64.

<sup>894</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 264.

<sup>895</sup> “Somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas uma função declarativa”, cf. KELSEN, *Op. cit.*, 1998, p. 265.

<sup>896</sup> “Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’”, cf.

diversas possibilidades de normas individuais, dentre as quais, apenas a escolha, guiada pela vontade<sup>897</sup> e emoção, terá a capacidade de selecionar qual delas será a aplicável diante do caso dos autos<sup>898</sup>. Como fica agora perceptível, o mesmo Kelsen que compreende o ato de decisão judicial como um ato de aplicação da norma genérica é o que admite, no momento seguinte, ainda que de forma disfarçada, a interferência da pré-compreensão no ato de decisão judicial, ao afirmar que “outras normas, no processo de criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais...”<sup>899</sup>.

Não fossem esses dois argumentos até aqui apresentados suficientes para refutar a ideia de uma norma genérica que preside o ato de decisão judicial, é plenamente possível trazer à baila mais alguns outros, de sorte a ratificar a tese aqui sufragada. Nesse sentido, um terceiro argumento contrário à ideia de uma suposta norma genérica é o de que o mesmo Kelsen que a sustenta de forma tão empenhada é o que reconhece que ela é apenas uma moldura<sup>900</sup>, dentro da qual há várias possibilidades de norma individual ou, como prefere Winfried Hassemer, uma margem semântica<sup>901</sup> de variações. Ora, se a norma genérica é uma moldura, ela não vincula, apenas limita. Mas a pergunta que fica é: ela limita a escolha do ato de decisão judicial ou apenas a fundamentação deste ato? E a resposta, mais uma vez, será extraída do próprio Kelsen, ao afirmar que a questão da escolha da norma individual que irá decidir o caso dos autos “é com freqüência determinada antes por julgamentos subjetivos de valor do que por um discernimento objetivo da conexão entre meio e fim”<sup>902</sup>, o qual aparece apenas como “uma justificação da função emocional pela racional”<sup>903</sup>. Kelsen, portanto, não nega o caráter entimemático do ato de decisão judicial.

Outro argumento a questionar a existência jurídica de uma norma genérica que anteceda e vincule o ato de decisão judicial é a circunstância de que é o próprio Kelsen, em

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 391.

<sup>897</sup> “[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”, *cf.* KELSEN, *Op. cit.*, 1998, p. 394.

<sup>898</sup> “[...] como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo”, *cf.* KELSEN, *Op. cit.*, 1998, p. 391.

<sup>899</sup> KELSEN, *Op. cit.*, 1998, p. 393.

<sup>900</sup> “A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita”, *cf.* KELSEN, *Op. cit.*, 1998, p. 272.

<sup>901</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 246.

<sup>902</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 10.

<sup>903</sup> *Ibidem*, p. 11.

sua obra dedicada a uma Teoria Pura, que acaba por reconhecer que, pelo menos em alguns casos, o tribunal recebe poder ou competência para “produzir, para o caso que tem perante si, uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma norma geral de direito material criada por via legislativa ou consuetudinária”<sup>904 905</sup>. Ora, se há casos em que o ato de decisão judicial não se norteia a partir de uma norma genérica, logo, não é um erro concluir que em tais casos a noção de sistema seja, no mínimo, arranhada, e que, por consequência, um outro pilar da racionalidade moderna seja fragilizado, qual seja, a ideia de sistema. Kelsen, portanto, admite a tópica.

Diante dos argumentos apresentados, torna-se possível concluir que não há uma norma genérica<sup>906</sup> e que, mesmo que existisse, seria apenas uma máscara veneziana a encobrir a circunstância de que a única norma realmente existente é a norma individual de Kelsen ou, como prefere Adeodato, a norma concreta, casuística, persuasiva<sup>907</sup> e singular<sup>908</sup>. A norma genérica mostra, então, a sua verdadeira natureza, a de uma mentira<sup>909</sup>, “uma mentira que tem de ser empregada – especialmente para manutenção da relação de dominação, ou seja, para fundamentar e solidificar a crença de que cabe a uns mandar e a outros obedecer, e de que isso é uma necessidade absoluta, ou seja, uma vontade de deus”<sup>910</sup>. A norma genérica é a mentira imprescindível, a “única mentira na qual seria necessário fazer crer não apenas os súditos,

<sup>904</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 271.

<sup>905</sup> “Isto é exato quando o tribunal aplica ao caso que tem perante si uma norma jurídica individual, somente por ele criada, cujo conteúdo não está predeterminado em qualquer norma jurídica geral positiva, quando esta norma jurídica individual liga uma consequência do ilícito a uma conduta demandado ou acusado que, no momento em que teve lugar, não era ainda um ato ilícito, mas só foi tornada através desta norma jurídica individual da decisão do juiz”, cf. KELSEN, *Op. cit.*, 1998, p.272-273.

<sup>906</sup> Como ressalta Katharina Sobota, explicitar a norma genérica é devassar as contradições flagrantes do sistema moderno normativo e macular os cinco pilares da ordem sistemática: a) a lógica clássica; b) a sistematização legal; c) a impessoalidade no tratamento; d) a legalidade positivista vinculada à escola de exegese francesa; e e) a ingenuidade dos crentes e de suas crenças. Cf. SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, n. 7. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 255.

<sup>907</sup> “Para convencer [...] é necessário induzir um raciocínio que provoque nos receptores um acordo de valores como condição necessária à produção do efeito de convencimento. Nos usos persuasivos da linguagem [...], resulta muito importante trabalhar o discurso a partir das representações ideológicas dos receptores”. Cf. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 149.

<sup>908</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 310-311.

<sup>909</sup> Empregou-se aqui o termo *mentira* não com o intuito panfletário, mas porque o próprio Kelsen a utiliza no trecho que segue transcrito logo após o emprego da palavra. Cf. KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Tradução: Sérgio Tellaroli. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 238.

<sup>910</sup> KELSEN, *Op. cit.*, 2008, p. 238.

mas também, se possível, o próprio governo”<sup>911</sup>, inclusive o juiz. “Torná-la crível exige, porém, grande capacidade de persuasão”<sup>912</sup>.

Mas a persuasão não é problema, é a solução. A solução que se aproveita das emoções envolvidas no ato de decisão judicial. A solução que torna o ato de decisão judicial um ato de estrutura entimemática<sup>913</sup> à medida que encobre a escolha previamente feita a partir de um belo manto de racionalidade construído com base nas provas<sup>914</sup>. “Uma vez que os fatores de motivação combinados tenham produzido o seu efeito na mente do juiz e o influenciado a favor de uma determinada decisão, uma fachada de justificação é construída”<sup>915</sup>. Uma “resolução se manifesta logo numa fase inicial do processo da decisão, existindo uma tendência muito mais forte para a manter do que para a alterar. Esta tendência manifesta-se na procura da informação consonante”<sup>916</sup>. Portanto, o máximo que se exige do ato de decisão judicial e da norma que este produz é a aceitação da sociedade e dos sujeitos envolvidos no processo, e o mínimo é a lógica na exposição dos argumentos<sup>917</sup>.

Como se percebe, a proposta que aqui se faz quanto à estrutura da norma e da relação desta última com o ato de decisão judicial não é completamente inovadora, pois em muito coincide, mas não no seu todo, com a proposta de Jerome Frank, bem sintetizada por Gianluigi Palombella, quando aquele afirma a “inexistência de um direito antes daquelas decisões e de uma atitude cética a respeito da previsibilidade racional do comportamento judiciário, entendido como resultado mais da intuição”<sup>918</sup> que da razão, a qual “seria

<sup>911</sup> KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Tradução: Sérgio Tellaroli. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 238-239.

<sup>912</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>913</sup> Alf Ross parece sugerir uma explicação psicológica para estrutura entimemática, ao afirmar que “os seres humanos, para escapar à responsabilidade da decisão e à agonia da escolha, buscam ocultar a circunstância de que todas as decisões dependem, em última análise, de nossas próprias atitudes”. Cf. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução: Edson Bini. Revisão técnica: Alysson Leandro Mascaro. Bauru- SP: EDIPRO, 2003, p. 347.

<sup>914</sup> “Aquilo que consta dos fundamentos da decisão (exposição) não é necessariamente o que produziu o conteúdo e o resultado dessa decisão (produção)”, cf. HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: A vinculação do juiz à lei. In: **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Secca de Oliveira. Revisão científica e coordenação: António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 300.

<sup>915</sup> “Cuida de preservar ante seus próprios olhos, ou, pelo menos, ante os olhos dos demais a imagem [...] que a administração da justiça é somente determinada pelo motivo da obediência ao direito, em combinação com uma percepção racional do significado da lei ou da vontade do legislador”. Cf. ROSS, *Op. cit.*, 2003, p. 182.

<sup>916</sup> SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 541.

<sup>917</sup> *Ibidem*, p. 527.

<sup>918</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. Tradução: Ivone Castilho Bendetti. Revisão técnica: Ari Sólón. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 208.

formulada como justificação, *ex post*<sup>919</sup>. Portanto, a única norma que existe é a norma que decorre do ato de decisão judicial, o qual, por sua vez, não é tão racional quanto parece<sup>920</sup>.

Tomando-se, então, como pressuposto da estrutura da norma a circunstância de que esta é sempre casuística, torna-se mais compreensível os artifícios que serão utilizados pelo juiz<sup>921</sup>, de forma consciente ou não, na sua construção. Estes artifícios utilizam-se tanto do texto da lei e do seu caráter metafórico<sup>922</sup> quanto do caso compreendido pelo juiz<sup>923</sup>, que em nada se confunde com o caso do mundo circundante<sup>924</sup>. Mas não apenas isto. Os artifícios para a construção da norma do caso concreto valem-se, ainda, do papel desempenhado pelo valor dentro da estrutura da norma, seja interferindo na produção do texto da lei, seja influenciando a compreensão do caso pelo juiz, seja delimitando a construção da norma concreta. E é por meio dessas janelas de interferência valorativa que a ideologia irradia a sua ingerência sobre a elaboração da norma concreta<sup>925</sup>. A ideologia seleciona o valor que irá gravitar em torno da norma concreta e dos elementos que a compõem.

<sup>919</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. Tradução: Ivone Castilho Bendetti. Revisão técnica: Ari Sólón. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 208.

<sup>920</sup> “[...] o caráter *ilusório* da tese de que a atividade dos juízes é um conhecimento racional da lei por aplicar”, *cf.* PALOMBELLA, *Op. cit.*, 2005, p. 212.

<sup>921</sup> “O papel criador desempenhado pelo juiz na administração da justiça [...]”. *Cf.* ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução: Edson Bini. Revisão técnica: Alysson Leandro Mascaro. Bauru- SP: EDIPRO, 2003, p. 181.

<sup>922</sup> A linguagem não é nem uma mensagem de Deus enviada aos seres humanos, nem tampouco uma convenção celebrada entre eles, à similitude de um contrato social. Não é uma mensagem divina porque a própria figura de Deus é uma figura linguística. Não é uma convenção entre os interlocutores porque esta circunstância parte do pressuposto de que no momento do acordo existia mais de uma opção de linguagem, que uma delas é escolhida de forma consciente e essa escolha é fruto do consenso entre os agentes da fala. Por isso, como quer Nietzsche, a origem da língua não é a consciência, pois a consciência é produto da linguagem. A origem da língua é o instinto. *Cf.* NIETZSCHE, Friedrich: **Da retórica**. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. Lisboa: Vega, 1995, p. 94-96.

<sup>923</sup> O caso compreendido pelo juiz não se confunde com o caso relatado nos autos, ou seja, com o caso descrito, por exemplo, na denúncia oferecida pelo ministério público. Por sua vez, o caso relatado nos autos também não se confunde com o caso do mundo circundante. Como se vê, há uma tríade de casos que passa imperceptível e que serão mais adiante analisados com atenção. Em suma, o caso compreendido pelo juiz é o reflexo de sua projeção, consciente e inconsciente, sobre o caso.

<sup>924</sup> O mundo circundante não é o mundo dos eventos reais. Este mundo é inacessível ao ser humano carente. O mundo circundante é o mundo da linguagem. E o mundo da linguagem é um mundo metafórico e instintivo (inconsciente e finalístico). *Cf.* NIETZSCHE, *Op. cit.*, 1995, p. 94. Com o que concorda Tobias Barreto quando afirma que “o pio Ormuzd do direito e o fero Ahriman da força constituem um mesmo ser; Ormuzd não é mais do que Ahriman nobilitado. Disse-o também Rudolf von Ihering”. *Cf.* BARRETO, Tobias. **Introdução do Estudo do Direito – Política Brasileira**. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 35.

<sup>925</sup> “a *norma* é, por assim dizer, uma ponte elástica e flexível entre o complexo fático-axiológico, que condicionou a sua gênese, e os complexos fático-axiológicos a que visa atender, no desenrolar do processo histórico”. *Cf.* REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p.564. Dica de Miguel Reale no que toca à produção da norma concreta apenas quanto ao caráter racional, o qual é sustentado pelo autor ainda que de forma indireta, do qual se discorda.

### 5.1.1 O valor e a ideologia

O ato de decisão judicial e a norma que dele deriva encontram-se submetidos à ingerência valorativa<sup>926</sup>. O ato de decisão judicial, além de ato de linguagem, é também ato de caráter axiológico. Esta assertiva decorre tanto da circunstância de se tratar de um ato, portanto, uma expressão da existência humana<sup>927</sup>, quanto do caráter metafórico da linguagem<sup>928</sup>, uma vez que todo vocábulo é, ao mesmo tempo, raiz da qual deriva uma genealogia de valores e manifestação valorativa do instinto humano. Em outras palavras, assim como a linguagem é a base de sustentação para construção dos valores, estes não são agentes alheios à linguagem, antes se mostram como elementos que lhe são inerentes, vez que toda palavra é um esforço frustrado de aproximação do evento real e resultado do agir inconsciente e finalístico humano<sup>929</sup>.

Há uma espiral dialética entre a linguagem e o valor<sup>930</sup>. Uma espiral que, no processo penal, manifesta-se de forma mais notável na descrição da situação jurídica que o caracteriza. Em meio à situação jurídica processual<sup>931</sup> e a um ato de decisão judicial norteado pela epistemologia da incerteza<sup>932</sup>, é que se torna possível concluir que, se o processo é um jogo<sup>933</sup> e o ato de decisão judicial é um jogo de valores e de linguagem, a razão, então, é uma criança levada que joga dados com a linguagem<sup>934</sup>! A razão é a atividade lúdica de manipular significantes e significados e a tentativa compulsiva, mas sempre frustrada, de o ser humano carente interagir com o outro. Há sempre uma falta na linguagem, há sempre um hiato entre

<sup>926</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 359.

<sup>927</sup> A angústia do ato de decisão judicial não é a sua justificação, mas contemplar, de forma aparentemente racional, todos os desejos envolvidos na escolha. Cf. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução: Edson Bini. Revisão técnica: Alysson Leandro Mascaro. Bauru-SP: EDIPRO, 2003, p. 349.

<sup>928</sup> “Qualquer língua é um dicionário de metáforas extintas”, cf. NIETZSCHE, Friedrich: **Da retórica**. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. Lisboa: Vega, 1995, p. 71.

<sup>929</sup> Um agir dirigido a uma finalidade, ainda que sem consciência de qual seja esta. Em uma só expressão, um agir cego, como um passo no espaço escuro da existência. Não se sabe qual a direção, mas se tem a intenção. Cf. NIETZSCHE, *Op. cit.*, 1995, p. 94.

<sup>930</sup> “Os valores não são, por conseguinte, objetos ideais, modelos estáticos segundo os quais iriam se desenvolvendo, de maneira reflexa, as nossas valorações, mas se inserem antes em nossa experiência histórica, irmanando-se com ela”. Cf. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 207.

<sup>931</sup> GOLDSCHIMIDT, James. **Princípios Generales del Proceso**. Barcelona: EJE, 1936, p. 38-49.

<sup>932</sup> LOPES JR., Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, v. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 51. Diverge-se do entendimento sufragado pelo professor da PUC-RS, pois, se o Estado é um cassino, o vencedor do processo é sempre o Estado-juiz.

<sup>933</sup> CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**, v. V, parte I. Padova: Cedam, 1950, p. 23-51.

<sup>934</sup> EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo**. Tradução: H. P. de Andrade. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1981, p. 10. A ideia mencionada no trecho acima não é compartilhada por Einstein, o qual afirma que “Deus não é uma criança levada que joga dados com o universo”.

os símbolos<sup>935</sup>. Eis, então, o que é o ato de decisão judicial: um ato lúdico e irracional<sup>936</sup>. “Tenho pressa de recobrir a obscenidade do evento, em uma palavra, de me cobrir. Um só pensamento me ocupa: cobrir-me, por pouco que seja, ou o que dá no mesmo, fugir, como se eu expulsasse a mim mesmo [...]”<sup>937</sup>.

Quando se reconhece aqui o caráter irracional do ato de decisão judicial, não se chega a tal conclusão porque se tomou como premissa uma racionalidade cartesiana, fundada exclusivamente na razão e destituída de qualquer interferência emotiva. Não é esse o motivo que determina tal afirmação, pois, como já é possível perceber, toda racionalidade é necessariamente emotiva<sup>938</sup> à medida que é desencadeada e orientada pela afetação, ou seja, pelo afeto que determina a ação<sup>939</sup>. Determina porque provoca, desenvolve e conduz a ação e porque toda ação pressupõe uma escolha<sup>940</sup>. É uma peculiaridade do ser humano a sua “necessidade profunda de justificar seu comportamento, a expressão de suas emoções, seus desejos e anseios, através da função do seu intelecto, do seu pensamento e cognição”<sup>941</sup>. “Eu procurei por grandes homens, mas sempre encontrei apenas os macacos de seu ideal”<sup>942</sup>.

O argumento maior a persuadir quanto à irracionalidade do ato de decisão judicial é o caráter instintivo da linguagem. A linguagem não é uma mensagem de Deus enviada aos seres humanos e que, por isso, teria a capacidade de apreender os fenômenos do mundo empírico. A linguagem não é uma convenção celebrada entre seres humanos carentes, à similitude de um contrato social. Não é uma mensagem divina porque a própria figura de

<sup>935</sup> LACAN, Jacques. **O mito individual do neurótico**. Tradução: Brigitte Cardoso e Cunha, Fernanda Bernardo, Margarida Medeiros e Tito Cardoso e Cunha. 2. ed. Lisboa: Editora Assírio & Alvim, 1987, p. 73.

<sup>936</sup> “[...] o direito racionalmente universal pode levar a uma arrogância ética, fundamentalista, ainda que pretensamente civilizada e apresentando indicadores econômicos de grande sucesso. Como toda arrogância, ela é intolerante. São preferíveis celerados que respeitam regras a santos que viram a luz. Toda luz exclui os não iluminados, toda luz vai além das regras”. Cf. ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 233.

<sup>937</sup> DERRIDA, Jacques. **O animal que logo sou**. Tradução: Fábio Landa. São Paulo: Editora Unesp, 2002, p. 27.

<sup>938</sup> “[...] a racionalidade é incompleta, e resulta seriamente prejudicada, quando não existe nenhuma ligação com o sentimento”. Cf. LOPES JR., Aury Celso Lima. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 323.

<sup>939</sup> “Sugeri no início desse livro que os sentimentos exercem uma forte influência sobre a razão, que os sistemas cerebrais necessários aos primeiros se encontram enredados nos sistemas necessários à segunda e que esses sistemas específicos estão interligados com os que regulam o corpo”. Cf. DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano**. Tradução: Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 276.

<sup>940</sup> “Ser justo não é mais do que sentir o direito dos outros e proceder de acordo com um tal sentimento. Mas este sentimento, que aliás pode elevar-se até a paixão e o entusiasmo, não existe isolado. [...] há sempre uma idéia que o acompanha. [...] O direito não é só uma coisa que se conhece, é também uma coisa que se sente”, Cf. BARRETO, Tobias. **Introdução do Estudo do Direito** – Política Brasileira. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 38.

<sup>941</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 10

<sup>942</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos** - Ou como filosofar com o martelo. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 12.

Deus é uma figura linguística. Não é uma convenção entre os interlocutores porque esta circunstância parte do pressuposto de que no momento original do acordo existia mais de uma opção de linguagem e que uma delas foi escolhida de forma consciente, e que essa escolha foi fruto do consenso entre os agentes da fala. Portanto, como quer Nietzsche, a origem da língua não é a consciência, pois a consciência é produto da linguagem. A origem da língua é o instinto<sup>943</sup>. O instinto, esse fenômeno humano dirigido a qualquer finalidade, mas, ao mesmo tempo, inconsciente.

É em meio a este contexto que se acaba por perceber que os valores são “símbolos integradores e sintéticos de preferências sociais permanentes”<sup>944</sup> e que, por conta disto, prestam-se tanto a justificar o ato de decisão judicial quanto a selecionar as informações que irão compô-lo<sup>945</sup>. O valor desempenha, assim, uma dupla função na elaboração do ato de decisão judicial: selecionar e justificar. Esse duplo uso conferido ao valor na produção do ato de decisão judicial é, por sua vez, controlado pela ideologia. Ideologia que possui o papel de avaliar os valores que gravitam em torno da órbita do ato de decisão judicial e da norma concreta que dele decorre.

A ideologia exerce, então, duas funções fundamentais na relação que mantém com os valores na composição do ato de decisão judicial. A primeira é a de hierarquizar os valores e seu emprego durante a produção da norma concreta<sup>946</sup>. A segunda é a de realizar uma espécie de *fechamento normativo*<sup>947</sup>, valendo-se de uma expressão do vocabulário criada por Luhmann. Isto é, a de selecionar os valores que poderão participar da elaboração do ato de decisão judicial, bem como os valores que devem ser excluídos desta operação<sup>948</sup>. A ideologia torna-se uma pauta de segundo grau<sup>949</sup>, uma pauta destinada a controlar e estabilizar os valores<sup>950</sup> empregados na confecção do ato de decisão judicial. “O discurso decisório, nesses termos, é avaliativo e ideológico”<sup>951</sup>.

<sup>943</sup> NIETZSCHE, Friedrich: **Da retórica**. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. Lisboa: Vega, 1995, p. 94-96.

<sup>944</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 359.

<sup>945</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>946</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>947</sup> LUHMANN, Niklas. *The unity of the legal system*. In: TEUBNER, Gunther (ed.). **Autopoietic law: a new approach to law and society**. Berlin-NewYork: Walter de Gruyter, 1988, p. 12-35.

<sup>948</sup> FERRAZ JR., *Op. Cit.*, 2007, p. 359.

<sup>949</sup> *Ibidem*, p. 360.

<sup>950</sup> “Ideologias não dialogam, mas polemizam. A possibilidade de um diálogo entre ideologias pressupõe, portanto, a aceitação de uma superideologia, dentro da qual as ideologias tornam-se valores”, *cf.* FERRAZ JR., *Op. cit.*, 2007, p. 360.

<sup>951</sup> FERRAZ JR., *Op. cit.*, 2007, p. 360.

Contudo, a ideologia não é uma dimensão metafísica<sup>952</sup> dos valores porque não se trata de um metavalor alheio à linguagem, de caráter universal e a-histórico. A ideologia não é uma nova forma de jusnaturalismo, nem tampouco é produto de uma única fonte, seja ela econômica, política, moral ou religiosa. Em uma sociedade complexa e diferenciada como a atual, a ideologia não é um artifício singelo e ingênuo, cuja existência preceda à linguagem. Toda ideologia é posta<sup>953</sup>, porque precária<sup>954</sup>, humana e histórica, em suma, porque é linguagem. Quando se afirma que a ideologia presta-se a controlar os valores que podem interferir, ou não, na produção do ato de decisão judicial e da norma concreta que dele deriva, o que se pretende asseverar não é uma dimensão metafísica da linguagem e do ato de decisão judicial, mas uma ferramenta de estabilização dos valores que justificam e selecionam a linguagem. A mesma linguagem que, em um momento anterior, relaciona-se com os valores. Nenhum valor é “natural”!

Ademais, como os valores não são assimilados de forma exclusivamente consciente (inteiramente racional)<sup>955</sup> em meio ao processo de interação social e de difusão das informações (por exemplo, por meio da televisão), a ideologia predominante, ou seja, a ideologia que controla os valores que interferem no ato de decisão judicial, não é aquela que se faz impor a uma dada comunidade de linguagem, mas aquela que sabe se aproveitar dos instintos que a permeiam<sup>956</sup>, uma vez que a própria linguagem é ato instintivo. Em outras palavras, a ideologia não é a metafísica do ato de decisão judicial, mas, sim, a aproveitadora dos instintos<sup>957</sup> que o permeiam, enquanto ato de linguagem que o é. A ideologia é oportunista<sup>958959</sup>! Se a ideologia controla os valores que se encontram na órbita do ato de

<sup>952</sup> “O direito não é uma entidade metafísica, anterior e superior ao homem”. Cf. BARRETO, Tobias. **Introdução do Estudo do Direito** – Política Brasileira. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 31.

<sup>953</sup> “Um sistema positivo de valores não é uma criação arbitrária de um indivíduo isolado, mas sempre o resultado da influência que os indivíduos exercem uns sobre os outros dentro de um dado grupo, seja ele família, tribo, classe, casta ou profissão. Todo sistema de valores, em especial um sistema de moral com a sua idéia central de justiça, é um fenômeno social, o produto de uma sociedade e, portanto, diferente de acordo com a natureza da sociedade dentro da qual ele emerge”. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 11.

<sup>954</sup> “A rigidez que a ideologia introduz nas avaliações não quer dizer que ela seja imutável”, cf. FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 360.

<sup>955</sup> Os valores não se justificam de forma racional, cf. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução: Edson Bini. Revisão técnica: Alysson Leandro Mascaro. Bauru- SP: EDIPRO, 2003, p. 349.

<sup>956</sup> Se é certo que a ideologia mantém uma relação com o poder, também é certo que o poder não é força, mas controle, cf. FERRAZ JR., *Op. cit.*, 2007, p. 360-361.

<sup>957</sup> “Na realidade, o funcionamento da inteligência é, em si, uma actividade baseada em emoções”. Cf. ROSS, *Op. cit.*, 2003, p. 345.

<sup>958</sup> “O fato de haver certos valores geralmente aceitos dentro de certa sociedade não contradiz de modo algum o caráter subjetivo e relativo desses julgamentos de valor. Que muitos indivíduos estejam em concordância quanto aos seus julgamentos de valor não é uma prova de que esses julgamentos sejam corretos”. Cf. KELSEN, *Op. cit.*, 2005, p. 11-12.

decisão judicial, esse controle não é de cima para baixo, como uma dimensão metafísica, mas de baixo para cima, como uma construção linguística.

O ato de decisão judicial, como ato de linguagem influenciado pelos valores, controlado pela ideologia e que se aproveita dos instintos, torna-se, então, um ato de crença<sup>960</sup>. Crença que é tanto maior quanto mais disseminados estiverem os valores na estrutura da norma concreta que resulta do ato de decisão judicial<sup>961</sup>. É em meio a esse cenário de fé que os valores – como um vírus – contaminam a rede de linguagem que estrutura o ato de decisão judicial. Uma contaminação que não é singela, mas complexa, à medida que se deflagra por meio de diversas janelas de entrada.

A primeira das contaminações é a produção linguístico-valorativa do texto da lei<sup>962</sup> e da ideologia que preside a atuação do legislador. A segunda é a descrição do caso que é narrado nos autos, o qual se sujeita à autocompreensão de quem o apresenta (no processo penal, em regra, o ministério público), é dizer, sujeita-se aos abismos gnosiológico e axiológico que se colocam entre o caso do mundo circundante e o caso descrito nos autos. E a terceira e última janela é a interferência que os valores ideologicamente controlados exercem sobre a pré-compreensão do juiz, seja na compreensão do caso, seja na construção da norma concreta<sup>963</sup>. Em suma, se o ato de decisão judicial fosse um ato sistemático, seu sistema seria, necessariamente, um sistema ideologicamente infectado.

Mas como a ideologia se espalha de forma tão rápida pela estrutura do ato de decisão judicial? A via de acesso da ideologia é o senso comum<sup>964</sup>. Não se trata de uma via qualquer, mas de uma via de otimização da ideologia e de utilização dos instintos. Uma via de

---

<sup>959</sup> “Para persuadir é necessário que os receptores possam reconhecer-se ideologicamente nos argumentos. Devem encontrá-los coincidentes com suas convicções profundas”. Cf. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 149.

<sup>960</sup> “Em suma, se o direito é um jogo sem fim (e sem começo), não há como fundá-lo: sua legitimidade é uma questão de crença”, cf. FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 365.

<sup>961</sup> Todo ato consciente é condicionado por crenças e atitudes (fenômeno volitivo emocional). “Todo motivo para a ação e igualmente todo convite à ação surgem por necessidade de fatores irracionais (interesse e atitudes). A função do conhecimento só pode consistir em proporcionar diretivas que têm somente uma força hipotética, com o pressuposto de um motivo irracional determinado (interesse, atitude)”. Cf. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução: Edson Bini. Revisão técnica: Alysson Leandro Mascaro. Bauru- SP: EDIPRO, 2003, p. 346-347.

<sup>962</sup> Há uma estreita relação entre a primazia da lei, como uma das fontes do direito, e os supostos “métodos” de interpretação, vez que, quanto maior a diversidade e complexidade dos métodos empregados na interpretação, maior será o vínculo ao texto da lei e a uma imaginada norma genérica, dada a maior aparência de racionalidade do ato de decisão judicial que é manipulado. Cf. ROSS, *Op. cit.*, 2003, p. 185.

<sup>963</sup> “[...] mesmo os cientistas (para quem essa capacidade deveria ser uma virtude profissional), exibem uma inequívoca tendência para que sua concepção da realidade se forme e se cora sob a pressão de fatores irracionais. Estamos sempre dispostos a ver o que desejamos ver e a fechar os olhos para o que não queremos ver”. Cf. ROSS, *Op. cit.*, 2003, p. 349-350.

<sup>964</sup> FERRAZ JR., *Op. cit.*, 2007, p. 373.

capacidade criptográfica, vez que encobre os valores que se encontram disseminados. Resta, então, uma pergunta: o que se pode entender por senso comum? O senso comum é “a presença de um mundo comum”<sup>965</sup>, de um mundo valorativamente compartilhado, de um mundo tão consistente que pode ser até tocado, de um mundo demasiadamente habitado. E é o senso comum<sup>966</sup> – que pode ser tanto os valores compartilhados em uma dada comunidade de linguagem<sup>967</sup>, a exemplo da jurisprudência dos tribunais, quanto os valores que integram toda a sociedade, como é o caso dos que são propagados pelos programas televisivos<sup>968</sup> – que acaba por codeterminar a interpretação realizada pelo ato de decisão judicial em suas considerações pragmáticas<sup>969</sup>.

Por meio do senso comum, a ideologia deflagra, então, um confronto aparente entre diferentes valores durante o curso do processo, e assim procede de forma estratégica, vez que “com a oposição entre valor e desvalor anula-se também a oposição entre valor e realidade”<sup>970</sup>, entre ser e dever ser, entre realidade e aparência, entre racionalidade e irracionalidade. Disto deriva que o ato de decisão judicial, além de um ato de linguagem, é também um ato de valor, e, por isso, um “ato indemonstrável, axiomático, não passível de conhecimento, mas apenas de crença”<sup>971</sup>. Como adverte Derrida, “incrível, em todo caso [...] é essa credulidade de Alice. Ela parece crer naquele momento, ao menos, que se pode, no entanto, discernir ou decidir, no homem, entre um *sim* e um *não*”<sup>972</sup>. O ato de decisão judicial, por meio do senso comum, ampara-se, portanto, na crença<sup>973</sup>. É esta crença que dilui o abismo

<sup>965</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2007, p.373.

<sup>966</sup> As “opiniões generalizadas podem ser definidas como o conjunto de padrões e estereótipos culturais, formas míticas, sentidos e símbolos emergentes da práxis social. Pode-se dizer que esse conjunto de representações permite a aceitação sem que se questione os valores sociais. [...] Essas convicções profundas determinam e são o resultado dos processos de socialização. Criam um mundo ilusório que serve de instrumento para o desenvolvimento de certas atitudes e a produção de certas representações teóricas que são essenciais para a realização das formas de controle social”. Cf. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 151.

<sup>967</sup> “[...] também o juiz é motivado por exigências sociais e por considerações sociológico-jurídicas”, cf. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução: Edson Bini. Revisão técnica: Alysson Leandro Mascaro. Bauru- SP: EDIPRO, 2003, p. 186-187.

<sup>968</sup> “Sempre que usamos a linguagem no nosso cotidiano ordinário, utilizamos, consciente ou inconscientemente, os valores emocionais das palavras”. Cf. ROSS, *Op. cit.*, 2003, p. 362.

<sup>969</sup> “[...] a interpretação não tem ponto de partida lingüístico independente, mas que desde o início é determinada por considerações pragmáticas sob a forma do *senso comum*.”, cf. ROSS, *Op. cit.*, 2003, p. 175.

<sup>970</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução: Marlene Holzhausen. Revisão técnica: Sérgio Sêrvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 8.

<sup>971</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>972</sup> DERRIDA, Jacques. **O animal que logo sou**. Tradução: Fábio Landa. São Paulo: Editora Unesp, 2002, p. 25.

<sup>973</sup> “O que lhe importa não são medidas objetivas, quaisquer que sejam, mas a crença dos cidadãos na divindade onipotente; a manutenção ou restabelecimento da antiga concepção segundo a qual a justiça é a acompanhante permanente da divindade; a convicção de que esta pune toda injustiça, e de que aquele que deseja a bem-aventurança tem de se submeter às leis divinas. Importa-lhe uma determinada ideologia, que julga necessária independentemente de corresponder à verdade; mas sabe talvez, que corresponderá à verdade se nela se

metodológico entre linguagem e valor, porque todo juízo de valor, quando tomado como crença, transforma-se em juízo de realidade<sup>974</sup>. Todo dever-ser é um ser, porque todo dever-ser é sempre um querer<sup>975</sup>.

Valor e linguagem<sup>976</sup> encontram-se, por conseguinte, em uma espiral dialética de polaridade e implicação<sup>977</sup>. O valor não se reduz à linguagem, porque, se assim fosse, perderia sua realizabilidade e inexauribilidade<sup>978</sup>, características do seu projetar-se histórico. É dizer, os valores nunca são inteiramente realizados e completamente exauridos. Contudo, toda linguagem é valorativa<sup>979</sup>, na medida em que todo valor é uma finalidade<sup>980</sup> imposta pelo ser humano carente a si próprio ou aos que com ele convivem<sup>981</sup>. Se a linguagem advém do instinto e o instinto é marcado por um agir inconsciente e finalístico, surge, assim, um segundo argumento para se concluir em favor do caráter necessariamente valorativo da linguagem, desde que por *valor* se entenda a capacidade do ser humano de criar finalidades, para si próprio ou para os outros, ao longo de sua existência.

Não há qualquer contradição em afirmar, no primeiro momento, que o valor não se reduz à linguagem e que a linguagem é necessariamente valorativa e, logo após, asseverar que

---

acreditar. [...] Se os homens realmente acreditam que deus governa, ele governará também no sentido de que os governantes cuidarão para não satisfazer de forma desmedida os seus interesses à custa dos governados. Sendo uma ideologia eficaz, o que ela afirma far-se-á, de alguma forma, realidade. E é justamente aí que tais mentiras úteis afirmam-se como verdade relativa”. Cf. KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Tradução: Sérgio Tellaroli. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 243.

<sup>974</sup> “[...] objetiva-se que os juízos de valor em primeiro lugar referidos também são juízos de realidade. Com efeito – diz-se –, a norma que constitui o fundamento do juízo de valor é fixada através de um ato ou imperativo humano ou produzida através de um ato ou imperativo humano ou produzida através do costume – e, portanto, através de fatos da realidade empírica”. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 23.

<sup>975</sup> KANTOROWICZ, Hermann. **La definición del Derecho**. Madri: Revista do Ocidente, 1964, p. 6.

<sup>976</sup> A linguagem possui uma tríplice função: informar (criar uma aparência de racionalidade), comover (se aproveitar das emoções) e conduzir (direcionar o comportamento em sociedade). Cf. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 150.

<sup>977</sup> “Entre valor e realidade não há, por conseguinte, um abismo; e isto porque entre ambos existe um nexo de *polaridade* e de *implicação*, de tal modo que a História não teria sentido sem o valor: um “dado” ao qual não fosse atribuído nenhum valor, seria como inexistente; um ‘valor’ que jamais se convertesse em momento de realidade, seria algo de abstrato ou de quimérico”. Cf. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 207. Note-se a aproximação, mas não similitude, entre a noção de *nexo de polaridade* e *implicação* entre valor e realidade, defendida por Miguel Reale, e a noção de *espiral dialética* entre linguagem e valor empregada no presente texto.

<sup>978</sup> REALE, *Op. cit.*, 2002 p. 207.

<sup>979</sup> “[...] a escolha da expressão lingüística é regulada por meio de uma valoração daquilo que é informado e assim o destinatário da informação também a compreende”. Cf. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 127.

<sup>980</sup> KELSEN, *Op. cit.*, 1998, p. 24.

<sup>981</sup> Nesse ponto, parece haver divergência entre o posicionamento aqui assumido e o sustentado por Miguel Reale, quando este assim assinala: “Como realidade e valor não se implicam, sem se reduzirem um ao outro, dizemos que o mundo da cultura obedece a um desenvolvimento dialético de complementariedade”. Cf. REALE, *Op. cit.*, 2002, p. 207.

há entre ambos uma espiral dialética, e não uma redução de existências. Isto porque, quando se descreve a espiral dialética entre linguagem e valor, parte-se do pressuposto de que o valor precede à linguagem, uma vez que é instinto, e, por consequência, agir finalístico e inconsciente. Nesse sentido, toda linguagem é valorativa, porque é sempre finalística, ainda que inconsciente. Contudo, quando a linguagem se realiza no tempo da existência, no projetar-se da história, os valores que ela dissemina nunca são inteiramente realizados e completamente exauridos, ou seja, a finalidade, porque é inconsciente, nunca é integralmente atendida. O que acaba demandando uma re-entrada dos valores na esfera da linguagem em outro momento da história. Eis a ambivalência que marca toda existência humana carente e, por óbvio, o ato de decisão judicial, a ambivalência entre o valor e a linguagem.

Neste contexto, o querer do magistrado que realiza a escolha que envolve o ato de decisão judicial não se confunde com o valor. A escolha é ato de vontade orientado pela ascese<sup>982</sup>, “ato que não é possível demonstrar por meio da via racional”<sup>983</sup>. A escolha não é determinada pelo valor, mas por ele orientado<sup>984</sup>. Não é o valor que desencadeia a escolha, mas a experiência emocional por ele provocada é que deflagra a escolha realizada no ato de decisão judicial. Sendo certo que o valor é finalidade imposta pelo ser humano a si próprio, ainda que de forma inconsciente, por meio da linguagem, então é certo que o ato de vontade do magistrado que realiza a escolha que permeia o ato de decisão judicial não se confunde com o valor, mas uma possibilidade de valor. Em outras palavras, se todo ato de decisão judicial é valorativo porque é finalístico, ainda que de forma inconsciente, face ao caráter instintivo da linguagem, não é o valor que impulsiona o ato de decisão judicial, mas é a capacidade que este possui de se aproveitar dos instintos que presidem a existência irracional humana que determina o agir do magistrado, quando da decisão do processo.

Mas como é possível negar o livre-arbítrio no primeiro capítulo deste trabalho e agora admitir que o ato de vontade do magistrado determina a escolha que norteia o ato de decisão judicial? Tal circunstância só é possível porque, quando se fez uso da expressão “livre-arbítrio”, propositadamente, partia-se da premissa que a racionalidade é realidade inquestionável que redundava da linguagem, compreendida em seu sentido objetológico. Contudo, quando se entende que a linguagem é um catálogo de metáforas e que esta decorre

<sup>982</sup> Sobre a ascese, veja-se o quarto capítulo.

<sup>983</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 20.

<sup>984</sup> Se a afirmação de alguém de que algo é bom ou mau constitui apenas a imediata expressão do “seu desejo por esse algo (ou do seu contrário), essa afirmação não é um ‘juízo’ de valor, visto não corresponder a uma função do conhecimento, mas a uma função dos componentes emocionais da consciência”. Cf. KELSEN, *Op. cit.*, 1998, p. 21.

do instinto humano, não só se dilui a noção de livre-arbítrio, porque ligada a uma suposta racionalidade humana, como também se admite o ato de vontade como ato derivado da ascese (afeta-ção), desde que este seja entendido dentro dos limites restritos do instinto, ou seja, como uma reação instintiva humana, consciente ou não. Se o livre-arbitrário é racional, a vontade é irracional<sup>985</sup>. “O carma da vida é reagir”<sup>986 987</sup>.

O valor estabelece, assim, uma relação de adequação<sup>988</sup> entre texto e caso e a norma concreta derivada do ato decisão judicial, vez que acaba por ofertar uma finalidade, uma finalidade que só será a do ato de decisão judicial à medida que o valor difundido pelo senso comum e controlado pela ideologia saiba, habilmente, aproveitar-se da autocompreensão do magistrado e do instinto que é inerente à linguagem. Vislumbra-se, deste modo, o papel desempenhado pelo valor dentro da estrutura da norma que decorre do ato de decisão judicial: conduzir o ato de decisão judicial e, por consequência, interligar todos os demais elementos que compõem a norma. Mas este papel só se torna viável quando se compreende que o valor é todo “fim que um indivíduo se põe a si próprio, ou um fim que ele deseja realizar”<sup>989</sup>. Contudo, repita-se, não é o valor que impulsiona o ato de decisão judicial, ele apenas o orienta, diante do caso e segundo uma dada ideologia, à medida que é fim apreendido pelo desejo<sup>990</sup>.

### 5.1.2 O caso e a ideologia

O caso<sup>991 992</sup> que será apreciado pelo ato de decisão judicial para fins de produção da norma concreta<sup>993</sup>, que dele decorre, toma como pressuposto a circunstância de que o

<sup>985</sup> “Os homens foram pensados como ‘livres’, para que pudessem ser julgados e punidos, para que pudessem ser culpados. [...] O cristianismo é a metafísica do carrasco [...]”. NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos** - Ou como filosofar com o martelo. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 23.

<sup>986</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 33.

<sup>987</sup> Derrida insinua que não há distinção entre a resposta e a reação, pois, se a resposta é o ato da razão e a reação é o ato do animal, então, toda resposta é uma reação. “Respondam-me a respeito de o que quer dizer *responder*”. É possível “distinguir uma resposta de uma reação”? Cf. DERRIDA, Jacques. **O animal que logo sou**. Tradução: Fábio Landa. São Paulo: Editora Unesp, 2002, p. 24.

<sup>988</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 24.

<sup>989</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>990</sup> “O valor que reside na correspondência-ao-fim é, portanto, idêntico ao valor que consiste na correspondência-à-norma, ou ao valor que consiste na correspondência-ao-desejo”. Cf. KELSEN, *Op. cit.*, 1998, p. 24.

<sup>991</sup> “[...] um caso (ou também: um fato) é um evento, um acontecimento real, o qual está sujeito à apreciação jurídica”. Cf. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 35.

<sup>992</sup> “A tarefa do jurista é [...] decidir ‘casos’”. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 35.

direito não precede à sociedade, mas, sim, é instrumento à sua disposição. Deste pressuposto não diverge Tobias Barreto, ao consignar que “o direito figura também, por assim dizer, como uma das peças de *torcer e ajeitar*, em proveito da sociedade”<sup>994</sup>. Assim, o ato de decisão judicial, ao julgar o caso (o conflito processual), não tem como meta a melhor solução possível para o conflito social (o caso “real”<sup>995</sup>). Esta é apenas uma meta aparente, ou, quando muito, indireta. A existência de provas tarifadas<sup>996</sup> revela isso<sup>997</sup>.

O real escopo perseguido pelo ato de decisão judicial “como um resultado da cultura humana, como uma espécie de política da força [...], é somente a sua própria vantagem”<sup>998</sup>. Porém, qual seria esta vantagem? Seria satisfazer a pretensão? Seria satisfazer a resistência dos sujeitos processuais envolvidos na demanda? A resposta é não. Essas são apenas parte da estratégia estatal, mas não a vantagem propriamente dita. A verdadeira vantagem é a manutenção do monopólio estatal quanto à solução dos conflitos<sup>999</sup>.

Contudo, se não é o conflito social que é resolvido pela norma que deriva do ato de decisão judicial, resta, então, a seguinte pergunta: que conflito está sendo resolvido pela norma concreta de origem estatal? A resposta é: o conflito juridicamente selecionado pelo direito<sup>1000</sup>. Conflito que é levado ao conhecimento do Estado-juiz como estratégia anestésica de dominação<sup>1001</sup> e que deriva da combinação entre o direito potestativo de ação e o princípio da inafastabilidade da jurisdição. E como uma pergunta, em regra, remete a outra, surge, então, a seguinte indagação: como se dá o processo de seleção deste conflito? Este processo desmembra-se em diversas etapas.

---

<sup>993</sup> A norma concreta é de caráter inicialmente indutivo, vez que “parte do caso (ainda por resolver) e desenvolve sobre ele o conteúdo da lei e a interpretação da lei que se ajusta a este caso”. Cf. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 37.

<sup>994</sup> BARRETO, Tobias. **Introdução do Estudo do Direito** – Política Brasileira. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 34.

<sup>995</sup> O termo *real* foi colocado entre aspas porque todo caso é intermediado pela linguagem. Logo, a rigor, não existe caso real, mas, sim, caso linguisticamente determinado. “Entre o caso e a realidade está a linguagem na qual ele é transmitido. Por isso na práxis jurídico-penal os casos são considerados como casos transmitidos”. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 127.

<sup>996</sup> Provas tarifadas são provas impostas por lei em determinadas situações, como, por exemplo, o exame de corpo de delito.

<sup>997</sup> SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 520.

<sup>998</sup> BARRETO, *Op. cit.*, 2001, p. 34.

<sup>999</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade** – Fundamentos da sociologia compreensiva. Volume II. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília-DF: Editora Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999b, p. 526.

<sup>1000</sup> “O caso trazido ao processo é um afastamento da realidade e um construtivismo do trabalho científico”. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 39.

<sup>1001</sup> WEBER, *Op. cit.*, 1999b, p. 527.

A primeira das etapas inicia-se com a produção do texto de lei, vez que, durante o processo legislativo, o legislador não apenas seleciona os conflitos<sup>1002</sup> que pretende regular, como também escolhe a parcela do conflito que será disciplinado pelo texto da lei. O próprio texto da lei já realiza, ao menos, uma dupla seleção do conflito, uma vez que seleciona tanto o conflito social que pretende disciplinar quanto a parcela deste conflito que aspira regular. Tome-se, como exemplo, o delito de estupro (código penal, artigo 213). O legislador primeiro seleciona, dentre diversos conflitos sociais, o ato de constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça e, depois, em um segundo momento, escolhe a parcela do conflito que irá resolver, neste caso, o ato de violência praticado contra a liberdade sexual da mulher. Não satisfeito, o legislador escolhe ainda a ferramenta que irá empregar para solucionar o conflito, nesta hipótese, a pena privativa de liberdade.

Note-se, portanto, a partir do exemplo mencionado, que ao texto de lei não interessa saber, por exemplo, a relação que havia entre o agressor e a agredida (por exemplo, ascendente e descendente), nem como ficará a estrutura familiar após a violência sexual, nem quais serão as consequências psicológicas advindas para vítima em razão do trauma vivenciado. Ao texto da lei só interessa o conflito que ele seja capaz de solucionar, o conflito juridicamente selecionado<sup>1003</sup>.

Mas antes de passar ao segundo degrau desta escada de seleção do conflito processual, um questionamento poderia surgir: por que o Estado-legislador seleciona o conflito?<sup>1004</sup> Porque o conflito social na sua totalidade é demais<sup>1005</sup> para o Estado-juiz<sup>1006</sup>. Impor ao Estado-juiz a tarefa de solucionar o conflito social na sua integralidade seria o

<sup>1002</sup> “A escolha de uma determinada linguagem não é casual. A *linguagem é um comportamento social* e por isso submete-se a inúmeras regras – e não apenas gramaticais”. Cf. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 125. “A linguagem é um instrumento de estabilidade social”. Cf. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Unb, 1980, p. 123.

<sup>1003</sup> “Para a compreensão do material com o qual lidam os juristas, a saber, o ‘caso’, basta em primeiro lugar reconhecer que este material não é encontrado, mas é constituído, produzido”. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 129.

<sup>1004</sup> Note-se a distinção entre se indagar-se quanto ao porquê da seleção do conflito e quais os fatores sociais que motivam esta seleção. Caso a indagação fosse quanto aos fatores sociais que motivam a seleção do conflito, necessária seria uma análise sociológica mais detalhada sobre esta questão. Contudo, como tal objetivo foge aos limites do presente trabalho, ele não será aprofundado, apesar de muitíssimo interessante.

<sup>1005</sup> BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 40-41.

<sup>1006</sup> “Os autos contêm mais informações e estabelecem mais questões que a apresentação sistemática” do texto de lei. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 43. E, logo a seguir, Hassemer assevera que “o caso dos autos não é pura realidade”. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 47. A “esperança de que nos casos dos autos seja informado o conhecimento apropriado sobre os participantes no caso, de que nos casos dos autos se possa estudar ‘a realidade’, engana. O conhecimento informado foi escolhido parcialmente e está cheio de lacunas”. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 48.

mesmo que perder o monopólio da solução dos conflitos e, por consequência, a primazia da lei quanto às fontes do direito. Isto porque o Estado-juiz não tem capacidade para resolver o conflito social no seu todo, seja porque demandaria muito tempo, e inviabilizaria o processo<sup>1007</sup>, na hipótese de ser possível reproduzir o conflito social dentro dos autos, seja porque o próprio conflito social, tomado como evento real, não pode ser apreendido pela linguagem, nem do texto da lei, nem por qualquer outra, face o abismo gnosiológico que se coloca entre o evento real, a ideia e o símbolo<sup>1008</sup>. Se há um abismo gnosiológico entre o conflito social e o conflito processual, sempre haverá, então, seleção do conflito? Sim. Mas o que se pode concluir a partir dessa circunstância? O óbvio: mesmo que o Estado quisesse resolver o conflito social dentro do processo, esta tarefa seria, simplesmente, impossível, ainda que o Estado-juiz dispusesse de linguagem suficiente para reproduzir o conflito social (ou o caso “real”) dentro deste instrumento reconstitutivo de fatos passados que é o processo, esta defeituosa máquina do tempo<sup>1009</sup>.

Já é possível desconfiar, face o exposto até este momento, que a seleção do conflito social feita pelo texto da lei é sempre uma seleção permeada pela interferência da ideologia, à medida que esta, por meio dos valores, controla a seleção que é procedida ao longo do processo legislativo. Desta forma, todo conflito selecionado pelo texto de lei é sempre ideologicamente determinado. Não porque há um plano secreto arquitetado pelo Estado contra o cidadão, mas, sim, porque toda linguagem é valorativa, uma vez que esta seja compreendida como ato finalístico inconsciente decorrente do instinto. Se o instinto precede à linguagem e o valor é finalidade inconsciente que o ser humano carente impôs a si, forçoso é concluir que todo produto da linguagem, dentre eles, o texto da lei, encontra-se sujeito à possibilidade de controle pela ideologia, não porque esta seja uma espécie de “alquimia”, mas, sim, porque estabelece uma hierarquia, a hierarquia entre os valores.

---

<sup>1007</sup> O tempo também é fator que seleciona o conflito social, pois, na sociedade presidida pela eficiência e norteada pelo desempenho, a sentença transformou-se em mercadoria à disposição, posta na prateleira do mercado consumidor, e, como tal, precisa ser entregue no menor tempo possível (súmula vinculante). O que importa é o resultado e não sua “correção”. Logo, selecionar o conflito é também uma imposição da sociedade do consumo, pois quanto mais selecionado ele for, maior a possibilidade dele ser resolvido no menor tempo possível. Registre-se, contudo, que, ao empregar a expressão *mercadoria*, relacionada ao vocábulo *sentença*, não se teve aqui o objetivo de fazer qualquer insinuação quanto à possibilidade de venda de sentenças. Esta é apenas a parcela mais grosseira e menos inteligente da sociedade do consumo. O objetivo de tal reflexão é a estratégia mais sutil e dissimulada da sociedade do consumo, qual seja, a do império da *performace*. Cf. LYOTARD, Jean-François. **A Condição-Pós Moderna**. Tradução: Wilmar do Valle Barbosa. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2006, p. 86; BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007, p. 160-161.

<sup>1008</sup> Sobre o assunto, consulte-se o primeiro capítulo.

<sup>1009</sup> Defeituosa tanto porque todo processo é a re-constituição de um fato pretérito quanto porque existe sempre a possibilidade de o processo agravar o conflito social, ao invés de “solucioná-lo”.

Identificada a relação entre a ideologia e o caso “real” no plano do texto da lei, quando ainda não atua o Estado-juiz, resta, agora, ingressar no segundo nível de seleção do conflito social, a seleção que resulta da atuação do Estado-polícia e do Estado-acusador (o ministério público). É neste estágio de seleção que o caso “real”<sup>1010</sup> sofre uma nova e decisiva depuração, vez que será nesta ocasião que tanto as investigações empreendidas pelo Estado-polícia quanto a pré-compreensão da autoridade policial e do membro do ministério público<sup>1011</sup> exercerão uma grande interferência sobre o caso a ser relatado no instrumento acusatório (denúncia ou queixa-crime) e que será submetido à pré-compreensão do Estado-juiz.

Nessa etapa de seleção do caso, o que se leva ao conhecimento do Estado-juiz não é mais o caso “real” (ou linguisticamente intermediado), e, sim, o relato do caso, do caso triplamente selecionado. Selecionado pela pré-compreensão<sup>1012</sup> da autoridade policial, selecionado pela investigação policial<sup>1013</sup> e selecionado pela pré-compreensão<sup>1014</sup> do membro do ministério público. E excluída, em todas as situações, a possibilidade de o caso ter sido

<sup>1010</sup> “Tudo o que pode ser pensado é uma idéia na mente da pessoa que a pensa; portanto, somente as idéias nas mentes podem ser pensadas; portanto, qualquer outra coisa é inconcebível, e o que é inconcebível não pode existir”. Cf. RUSSELL, Bertrand. **Aparência e realidade**. Tradução: Álvaro Nunes. Disponível em: < [http://ateus.net/ebooks/acervo/aparencia\\_e\\_realidade.pdf](http://ateus.net/ebooks/acervo/aparencia_e_realidade.pdf) >. Acesso em: 21 abr. 2009, p. 13.

<sup>1011</sup> “Os autos [...] contêm o que é ‘importante’[...]. A todo momento todos os sujeitos se deparam com um elevado número de possíveis dados e informações. Eles não podem absorver tudo por meras razões de *percepção fisiológica* e de *percepção psicológica*. Eles selecionam. Eles apanham, por exemplo, os dados que correspondem às suas expectativas, de que resulta um sentido, uma forma, um conjunto, um conhecimento. Assim eles compõem a ‘sua’ realidade. Para isso eles obedecem padrões, princípios de escolha, que naturalmente não são privativamente seus, mas que antes compartilham com todas as pessoas, como pessoas de seu círculo cultural e lingüístico, de sua classe, e, às vezes, também de sua família”. Cf. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 128-129.

<sup>1012</sup> “Quem compreende a ‘realidade’, quem a vivencia em casos e situações, a vivencia e compreende ‘para si’ [...]. Ele a vivencia, porém não só no *papel* de médico ou de amigo, mas também pelas várias expectativas, sentimentos e atitudes que adquiriu *ao longo de sua vida*: pelas seqüelas que ele sofreu como vítima de um fato punível, como a aversão contra as pessoas que para ele tem uma semelhança com o então violador; pela esperança que ele coloca à frente na nova geração, ou pelo receio que tem dela”. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 131.

<sup>1013</sup> Veja-se o exemplo das cifras ocultas. Sobre o assunto, consulte-se BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

<sup>1014</sup> “[...] seria ingênua a recomendação bem intencionada de que se deve *descartar* ou restringir suas *pré-compreensões* e respectivamente seus *pré-juízos*. Seria o sonho do (mal) teórico do Robinson na ilha, de um ente não-socializado, sem a atuação permanente da historicidade da vida. Este homem não existe (e se ele existisse, então que fosse o mais afastado possível de nós). Ingênua e perigosa seria também a idéia – principalmente para os penalistas –, de ter que descartar de si mesmo, a partir de um árduo trabalho, tais *pré-compreensões* e *pré-juízos* e pode se defrontar então com objetos – por exemplo os casos e as pessoas envolvidas neles – ‘*sem pré-juízos*’. Esta idéia seria então o primeiro *pré-juízo* (compreendida também em um sentido pejorativo), que teria uma grave conseqüência: na linguagem cotidiana e moral se falaria de ‘*soberba*’; tal atitude pela teoria do direito e do conhecimento seria um pecado contra o Espírito Santo, porque a simples negação do problema torna impossível tratá-lo”. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 132-133.

selecionado, ainda, pelo interesse da autoridade policial ou do membro do ministério público em utilizá-lo como escada de ascensão profissional<sup>1015</sup>.

Não fossem essas circunstâncias suficientes, há ainda uma outra seleção que ocorre no momento em que o caso é trazido aos autos do processo penal. O caso, que até então era um relato, o relato feito pela denúncia ou pela queixa-crime, transforma-se em fala, dada à natureza cênica que lhe é conferida ao longo do curso do processo. É dizer, com o desenrolar do processo, o caso, que era um relato estático, transforma-se em uma cena<sup>1016</sup>, uma cena desenvolvida ao longo da peça teatral, que é o processo<sup>1017</sup>. Reside, aqui, portanto, outra forma de seleção do caso, não apenas porque todo relato – enquanto palavra escrita – é sempre palavra pensada, cautelosamente escolhida<sup>1018</sup>, mas, também, porque toda cena, tomada como palavra falada, é sempre palavra declamada, emotivamente veiculada, mímica e gestualmente expressada, e, também por isso, manipulada<sup>1019</sup>. Em suma, qualquer que seja a forma de expressão do caso que integrará a norma que decorre do ato de decisão judicial, este sempre se encontrará submetido a uma percepção seletiva<sup>1020</sup>.

Ocorre, contudo, que esta cena em que se transforma o caso e que irá integrar o ato de decisão judicial não é protagonizada pelas “partes”<sup>1021</sup> do processo, as quais, na verdade, desempenham o papel de coadjuvantes dentro do teatro processual, mas, sim, pelo juiz, o verdadeiro ator principal. O ato de decisão judicial é um monólogo<sup>1022</sup>. Tal afirmação poderia soar arbitrária se o processo fosse compreendido como um espaço do livre discurso, em que é dada aos sujeitos processuais a livre possibilidade de participação na elaboração do ato de

<sup>1015</sup> Cf. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 130.

<sup>1016</sup> “Portanto, se se quiser ampliar o conceito de compreensão desde o caso produzido até a produção do caso, será necessário abranger a dimensão do procedimento, o processo, a seqüência de atos, a cena. Nós denominamos isto ‘compreensão cênica’”. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 178.

<sup>1017</sup> “O conceito de ‘compreensão cênica’ foi elaborado na teoria da *psicanálise* e designa ali a recordação concreta de fases e situações da própria vida. O poder de compreensão e as condições de compreensão na compreensão cênica ultrapassam completamente as possibilidades de compreensão de texto, ele garante à psicanálise apenas a esperança na cura: não é a recordação cognitiva e emotiva da própria história, mas somente a representação de suas cenas que as tornam tão atuais e que podem ser trabalhadas”. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 178.

<sup>1018</sup> HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 179.

<sup>1019</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>1020</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>1021</sup> Utiliza-se aqui o conceito de “parte” apenas como forma de facilitação da compreensão. Tem-se conhecimento quanto à inadequação de tal terminologia, principalmente, se o processo for pensado como uma situação jurídica. Contudo, fez-se a opção de manter o uso de tal terminologia de sorte a propiciar a melhor compreensão do texto.

<sup>1022</sup> SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 517.

decisão judicial<sup>1023</sup>. Todavia, se se levar em consideração que o ato de decisão judicial possui uma estrutura entimemática<sup>1024</sup>, que a linguagem é um catálogo de metáforas<sup>1025</sup> construídas de forma instintiva, que a comunicação é uma improbabilidade<sup>1026</sup>, que o magistrado é um ser humano carente enredado em seus pré-juízos e que é dado a ele o poder de conduzir o processo, inclusive a fase de instrução<sup>1027</sup>, qual a possibilidade de os sujeitos processuais participarem na elaboração do ato de decisão judicial? Quando o magistrado percebe o relato na primeira oportunidade que possui e com ele se envolve também emocionalmente, o ato de decisão judicial deixa de ser uma possibilidade e se transforma em uma realidade, uma realidade cautelosamente justificada, ao longo da cena processual, pela racionalidade<sup>1028</sup>. “Enquanto a gramática despertar a fé dos ingênuos, o ser humano não estará livre de Deus”<sup>1029</sup>.

A despeito do afirmado, um contra-argumento poderia surgir: é possível convencer o magistrado ao longo da cena processual desde que um dos sujeitos processuais saiba, habilidosamente, aproveitar-se das emoções deste magistrado, seja por meio dos valores ideologicamente controlados, seja através dos argumentos apresentados. Porém, apesar de, em tese, possível, tal estratégia é demasiadamente pretensiosa. Primeiro, porque pressupõe o conhecimento detalhado da biografia de vida do magistrado. Segundo, porque admite a possibilidade de realizar uma seleção meticulosa das principais experiências por ele

<sup>1023</sup> A “produção do discurso livre de dominação seria a abolição do próprio processo e com isto da possibilidade de se impor o Direito de acordo com as formas jurídicas”. Cf. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 191.

<sup>1024</sup> “Algumas palavras reluzem como jóias [...] e outras cheiram mal... Há palavras que apresentam muitos graus distintos de calor e frio e que exibem sutis diferenças nas nuances de valor quando se trata de elogiar e censurar, de expressar respeito e desprezo, aprovação e reprovação, admiração e desdém, amor e ódio. Adequam-se muito bem para servirem de meios de persuasão e, com frequência, são especialmente úteis precisamente porque a função de persuasão está associada à função descritiva. Tais palavras são aceitas mais facilmente, sem que o ouvinte chegue a descobrir que foi objeto de persuasão”. Cf. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução: Edson Bini. Revisão técnica: Alysson Leandro Mascaro. Bauru- SP: EDIPRO, 2003, p. 361.

<sup>1025</sup> “As metáforas desempenham um papel importante. [...] A metáfora, a melodia e a magnitude do coro se combinam aqui para produzir um poderoso estimulante [...]”. Cf. ROSS, *Op. cit.*, 2003, p. 361.

<sup>1026</sup> LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 4. ed. Tradução: Anabela Carvalho. Lisboa: Vega Limitada Passagens, 2006, p. 42-43.

<sup>1027</sup> “Nenhuma prova, indício ou conjunto de provas e de indícios garante inimpugnavelmente a verdade da conclusão fática. *Não existem, a rigor, provas suficientes*. [...] A idéia da prova como ‘suficiente’, graças à sua conjunção a uma norma, para garantir dedutivamente a verdade da conclusão fática, não obstante sua aparente racionalidade, na realidade é idêntica à que fundamenta a provas irracionais”. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 109-110.

<sup>1028</sup> “A função emotiva da linguagem não se limita às expressões que não têm significado descritivo [...], muitas palavras têm, ao mesmo tempo, significado descritivo e carga emocional. [...] essa fusão abre caminho para a persuasão insinuada sob a roupagem de uma argumentação aparentemente racional”. Cf. ROSS, *Op. cit.*, 2003, p. 361.

<sup>1029</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos - Ou como filosofar com o martelo**. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 17.

vivenciadas<sup>1030</sup>. Terceiro, porque imagina como possível a elaboração de uma escala de experiências, por meio da qual houvesse como hierarquizar cada uma das experiências por ele sentidas a fim de, no momento seguinte, lançar mão de alguma delas.

Não fossem tais advertências suficientes para refutar esta pretensiosa estratégia de convencimento do magistrado, restaria, ainda, uma última para afastá-la por completo. A advertência seria de que ainda que as experiências emotivas sejam compreendidas como descargas químicas e hormonais desencadeadas pela atividade cerebral, como quer a neurociência, segundo António Damásio<sup>1031</sup>, restariam sempre duas perguntas a serem respondidas: qual a dosagem necessária para desencadear uma determinada emoção desejada? E entre quais substâncias? “O mundo da razão é a terra prometida, jamais encontrada, mas sempre perseguida”<sup>1032</sup>.

Diante disso, se o próprio ato de decisão judicial e a norma que dele resulta não são espaço de livre discurso<sup>1033</sup> ou de livre possibilidade de participação<sup>1034</sup>, o que dizer do caso compreendido pelo magistrado<sup>1035</sup> e que será por ele utilizado para compor o seu ato de decisão judicial? Percebe-se, assim, algo muito importante. O caso que integra a norma que decorre do ato de decisão judicial não é o caso “real”, não é o caso verbalmente noticiado à autoridade policial, não é o caso produzido ao longo do inquérito e nem é o caso relatado pelo

---

<sup>1030</sup> O magistrado é reduzido a um papel predeterminado de experiências vividas, e, com isso, a comunicação, que já se encontrava comprometida, acaba por se fazer distorcida, vez que o magistrado torna-se um protótipo de emoções, graças ao uso do estereótipo entre as comunicações. Cf. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 182-183. Entende-se por estereótipo “as palavras que apresentam uma carga conotativa que provocam associações éticas tão fortes que a simples evocação de seu significante motiva comportamentos ou determina opiniões com total desnecessidade de uma associação de nível de referência”. Cf. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 141.

<sup>1031</sup> DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano**. Tradução: Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 184.

<sup>1032</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos - Ou como filosofar com o martelo**. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 18.

<sup>1033</sup> O ato de decisão judicial é o consenso obtido a partir da livre participação dos sujeitos envolvidos? “Mas quando e onde surge tal consenso, quando e onde se apresenta o discurso livre de dominação? Nunca e em nenhum lugar”. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 188.

<sup>1034</sup> “A teoria do discurso livre de dominação tampouco afirma que este discurso (agora ou quando for) simplesmente seja produtivo; ela fala sobre uma ‘situação ideal para o diálogo’, isto é, de uma forma de comunicação que é projetada, presumida – como a verdade que nós não temos, mas à qual nós nos referimos constantemente. A situação ideal de um diálogo, o discurso livre de dominação, o consenso assim produzido, são condições de possibilidade (transcendentais) para conceber a verdade ou para aplicar cotidianamente ou cientificamente o conceito de verdade; não são experiências (imanescentes) que nós podemos fazer em nossa realidade, são ilusões necessárias”. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 188.

<sup>1035</sup> “E defini o Poder Judiciário como o conjunto dos espaços decisórios – a interpretação das leis, a indução probatória, a conotação equitativa e os juízos de valor discricionários – reservados mais ou menos irredutivelmente à atividade do juiz”. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 463.

ministério público ou querelante em sua petição inicial. O caso que integra a norma concreta é o caso utilizado pelo ato de decisão judicial<sup>1036</sup>. Se existisse um caso “real”<sup>1037</sup>, não seria ele o caso a ser utilizado pelo magistrado em seu ato de decisão judicial, porque, nesta hipótese, o magistrado já não seria um ser humano “real”. Que caso é esse que tem tempo certo para ser decidido?<sup>1038</sup> O caso que integra a norma concreta é o caso compreendido pelo magistrado<sup>1039</sup><sup>1040</sup>. Não o caso compreendido de forma exclusivamente racional, ou de forma racional e emocional, mas o caso percebido de forma irracional nos moldes acima explicados. Se o princípio da correlação entre a acusação e a sentença<sup>1041</sup> é uma ficção racionalista de base iluminista e que desconhece o caráter metafórico da linguagem, o princípio do livre convencimento motivado<sup>1042</sup> é uma autorização disfarçada para o caráter irracional do ato de decisão judicial, expressamente prevista pelo texto legal<sup>1043</sup>.

### 5.1.3 O texto e a ideologia

Sendo certo que o magistrado, ao elaborar a sua decisão, utiliza-se do texto<sup>1044</sup> da lei, também é certo que esta decisão é constituída, ainda, pelo caso compreendido pelo juiz<sup>1045</sup> e pelo valor ideologicamente controlado e disseminado por meio do senso comum. Sempre

<sup>1036</sup> SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 515.

<sup>1037</sup> Todo caso é um evento valorativa e linguisticamente (abismos gnosiológico e axiológico) intermediado.

<sup>1038</sup> SCHNEIDER; SCHROTH, *Op. cit.*, 2002, p. 516.

<sup>1039</sup> *Ibidem*, p. 515.

<sup>1040</sup> “De grande significado, porém, é o reconhecimento de que também a averiguação do fato delitual é uma função do tribunal plenamente constitutiva”. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 265.

<sup>1041</sup> Em sentido contrário, consulte-se BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>1042</sup> Em sentido contrário, consulte-se GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>1043</sup> Código de processo penal, artigo 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

<sup>1044</sup> “[...] ele insiste numa distinção entre *interpretar* textos e *usar* textos. Esta é, naturalmente, uma distinção que nós, pragmatistas, não desejamos fazer. Segundo nossa visão, tudo o que alguém faz com alguma coisa é usá-la. Interpretar alguma coisa, conhecer alguma coisa, penetrar em sua essência, e assim por diante, tudo isso são apenas diversas formas de descrever um processo para fazê-la funcionar. [...] Essa é exatamente o tipo de distinção que antiessencialistas como eu deploram – uma distinção entre dentro e fora, entre as características não-relacionais e relacionais de algo. Pois, a nosso ver, não existe propriedade não-relacional, intrínseca”. Cf. RORTY, Richard. A trajetória pragmatista. In: ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. Tradução: Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 110.

<sup>1045</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 312.

que o tema relativo ao texto de lei e sua possível capacidade de vincular<sup>1046</sup> o magistrado são trazidos à baila, os defensores do texto<sup>1047</sup> apressam-se em afirmar o caráter vinculador do mesmo. Contudo, ao adotarem tal comportamento, os defensores do texto não percebem que o esforço em afirmar a sua índole normativa não passa de um esforço irracional do ser humano, o esforço em dominar tudo aquilo que o cerca, na tentativa desesperada de obter um mínimo de segurança. “Quando se começa a pensar no dualismo, realidade e aparência, apenas como metáforas para o contraste entre um estado imaginário de poder, domínio e controle totais e a própria impotência atual”<sup>1048</sup>, logo se percebe que o ato de decisão judicial não passa “de uma reação aos estímulos emitindo frases que contêm sinais e ruídos...”<sup>1049</sup>. O “enfoque legalista (paleopositivista) não é outra coisa, senão que um *mecanismo de defesa* que o julgador lança mão para não introjetar sua *sombra*”<sup>1050</sup>.

Se se partisse da premissa de que o ordenamento jurídico, compreendido a partir de uma perspectiva positivista, é um conjunto de textos de leis, então, não seria demais afirmar que o magistrado, ao proferir seu ato de decisão judicial, provocado que foi, indutivamente, pelo relato do caso, encontrar-se-ia em um labirinto de frases<sup>1051</sup>. Quando se entende cada texto de lei como norma genérica, a consequência necessária seria exatamente a ocorrência de tal fenômeno, vez que, enquanto norma genérica, o texto de lei não seria apenas uma fonte de consulta a auxiliar o processo de constituição da norma concreta por meio do ato de decisão judicial, seria antes um conjunto de determinações de caráter vinculador. Seja

<sup>1046</sup> Importante é esclarecer que o texto da lei não vincula o magistrado quando da composição do ato de decisão judicial, mas o limita, ainda que de forma mínima, dada a margem semântica das palavras. Como bem salienta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, ao explicar o conceito de regra. Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei: ainda! In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, LIMAS, Martonio Mont’Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225-232. Contudo, a circunstância de o texto limitar o magistrado ao confeccionar o ato de decisão judicial não importa assegurar um mínimo de racionalidade ao ato de decisão judicial, tanto porque a margem semântica das palavras é variável ao longo da história, face o caráter pragmático das palavras, quanto porque toda palavra tem o seu significado semântico determinado por meio de um valor, o qual é sempre finalístico e inconsciente, em razão do caráter instintivo da linguagem. Por conseguinte, mesmo o limite imposto pelo texto ao ato de decisão judicial, quando da produção da norma, não assegura a este ato a característica de um ato racional, mas, sim, de um ato instintivo.

<sup>1047</sup> Expressão utilizada por Richard Rorty para ironizar Umberto Eco quando este insiste em manter a distinção entre *intentio operis* e *intentio lectoris*. “A que propósito está servindo com isso. É provável que a resposta de Eco seja que isso ajuda a respeitar a distinção entre o que ele chama de ‘coerência interna do texto’ e o que chama de ‘impulsos incontroláveis do leitor’. Ele diz que estes últimos ‘controlam’ a primeira, e que o único modo de checar uma conjectura com a *intentio peris* é ‘checá-la com o texto enquanto um todo coerente’. Assim parecemos construir a distinção como uma barreira a nosso desejo monomaniaco de submeter tudo a nossas próprias necessidades”. Cf. RORTY, Richard. A trajetória pragmatista. In: ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. Tradução: Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 112.

<sup>1048</sup> RORTY, *Op. cit.*, 2005, p. 108.

<sup>1049</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>1050</sup> LOPES JR., Aury Celso Lima. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 324. Para maior aprofundamento sobre o tema, consulte-se, ainda, PRADO, Lúcia Reis Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. Campinas: Millenium, 2003, p. 110.

<sup>1051</sup> RORTY, *Op. cit.*, 2005, p. 118.

compreendendo a lei apenas como um texto, seja entendendo-a como uma norma genérica, um problema haveria ainda de ser resolvido: como o magistrado encontraria a saída desse labirinto de textos de lei?

A resposta mais tentadora, certamente, seria atribuir tal proeza à razão. Contudo, se a razão for eleita a guia que irá conduzir o magistrado a encontrar a saída do labirinto, ele estará condenado a vagar indefinidamente entre cada uma das muitas portas de saída oferecidas pela multidão de textos de lei. Como já se torna possível perceber, mais informação não significa mais segurança. Ao contrário, à medida que as informações se multiplicam, difunde-se a sensação de insegurança permanente, vez que agora já não se sabe mais qual informação seja confiável<sup>1052</sup>. A razão é uma enciclopédia labiríntica<sup>1053</sup>.

Mas a pergunta, que continua sem resposta, deve ser repetida: como o magistrado encontra a saída do labirinto formado pelos textos de lei? Uma segunda possibilidade de resposta seria admitir a combinação entre razão e emoção e afirmar, a partir de tal estratégia, que a porta de saída do labirinto, no qual se constitui o ordenamento jurídico, é a mescla entre a intuição do magistrado e a razão oferecida pelo texto de lei. Entrementes, se essa for a estratégia selecionada pelo magistrado para encontrar a porta de saída do labirinto do ordenamento jurídico, o único resultado possível seria o de o magistrado, além de vagar indefinidamente pelos labirintos da razão, terminar desesperado em função da crise de insegurança na qual se veria envolvido.

Qual seria, então, a resposta para pergunta formulada? A resposta é simples. Quem cria o labirinto, no qual se encontra emaranhado o ato de decisão judicial no momento em que os textos de lei são analisados, não são, em verdade, tais textos, mas, sim, a crença na razão advinda da crise atávica de insegurança que perpassam as diversas gerações ao longo da história e que reclamam a produção desse catálogo de textos de lei denominado *ordenamento jurídico*. Indaga-se: o que seriam a constituição ou os códigos senão a tentativa compulsiva ou, por que não dizer, paranoica, do ser humano magistrado encontrar algo em que pudesse se escorar? “Entre a indicação abstrata da lei para a decisão e o problema concreto da decisão do

<sup>1052</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 161-162.

<sup>1053</sup> “Inferimos então outras frases destas, e outras daquelas, e assim sucessivamente – construindo uma enciclopédia labiríntica e potencialmente infinita de afirmações. Essas afirmações sempre estão à mercê de serem modificadas por estímulos novos, mas nunca podem ser *checadas* com esses estímulos, e muito menos com a coerência interna de algo exterior à enciclopédia. A enciclopédia pode ser *modificada* por coisas fora dela, mas só pode ser *checada* se partes suas forem comparadas com outras partes. Não se pode *checar* uma frase com um objeto, embora um objeto possa *causar* a interrupção da emissão de uma frase. Só se pode *checar* uma frase com outras frases, frases com as quais a primeira está ligada por várias relações dedutivas labirínticas”. Cf. RORTY, Richard. A trajetória pragmatista. In: ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. Tradução: Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 118.

caso, o juiz encontra uma variedade de indicações normativas e normatizantes”<sup>1054</sup>, que, apesar de não terem a natureza de lei, “lhe ‘vincula’ amplamente e com conseqüências sérias”<sup>1055 1056</sup>.

Ora, se a fonte da razão é a linguagem, e se o motivo que a impulsiona é a crise eterna de insegurança do ser humano carente não adaptado ao mundo que o cerca, como é possível que haja razão, se a própria razão é fruto do instinto, da insegurança, em suma, da irracionalidade? Toda razão é irracional. E a única resposta possível à pergunta há pouco formulada é a de que, quando o magistrado se liberta dos grilhões da razão e, com isso, dos limites impostos pelo texto da lei, o labirinto automaticamente desaparece, e o texto, que era elemento complicador do ato de decisão judicial, transforma-se em sua ferramenta de auxílio. Não como forma de vinculação, mas como ponte de intermediação. A ponte que intermedeia o caso compreendido pelo magistrado e a norma oriunda do ato de decisão judicial por ele elaborado.

Não fosse isso suficiente para convencer quanto ao caráter não vinculador do texto de lei quando do momento da elaboração do ato de decisão judicial, outros argumentos podem ainda ser invocados de sorte a subsidiar a presente tese. O primeiro deles é o círculo hermenêutico<sup>1057</sup>, no qual se encontra enredado o magistrado quando da construção de sua decisão, a qual será sempre decorrência de sua pré-compreensão<sup>1058</sup>.

O segundo argumento é o de que, quando se compreende o processo como uma sucessão de situações jurídicas em constante metamorfose, logo se percebe que o texto de lei não apresenta qualquer capacidade de vincular o magistrado no momento da feitura de sua decisão, pois, com o desenrolar da marcha processual, o texto de lei que inicialmente era

<sup>1054</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 270.

<sup>1055</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>1056</sup> “[...] ainda não se conseguiu criar uma *Teoria da Argumentação jurídica*, que leve em conta não só a distinção entre a produção e a apresentação dos resultados da decisão, não só o problema da divisão de poderes no moderno Estado de Direito, não só os conceitos de ‘lei’ e ‘Direito’, mas, sobretudo, os problemas da práxis judicial, até a estrutura organizacional dos Tribunais [...]”. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 269.

<sup>1057</sup> SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 516.

<sup>1058</sup> “Antes de tudo, não se deve esquecer de que, na base do processo interpretativo, a declaração do texto conta com a cooperação do destinatário e, portanto, há uma colaboração do intérprete com o espírito que surge como o ‘autor da declaração’: colaboração com a qual este tende a reproduzir em si o pensamento, convertendo-o numa idéia própria. Enquanto colaboração, a interpretação é necessariamente criação, assim como é criação toda atividade espiritual que, mesmo referindo-se a um ato anterior, não é uma simples reação passiva nem uma pura repetição mecânica, mas ‘ao refazê-lo, renova-o e, ao repensá-lo, desenvolve-o’”. Cf. BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. Tradução: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 62.

estático, como uma moldura presa na parede do código penal, transforma-se na pauta de uma cena do teatro processual, na pauta da cena do ato de decisão judicial<sup>1059</sup>. Como adverte Hassemer, o texto de lei “mal poderá oferecer ao juiz uma orientação sobre o que ele tem que compreender como um caso jurídico-penal relevante e como deve decidi-lo”<sup>1060</sup>.

O terceiro argumento a sustentar o caráter não-normativo do texto da lei é o de que a crença numa linguagem formal, desinfectada das conotações, vagezas, dubiedades e imprecisões da linguagem coloquial, não pode ser compreendida como um caminho promissor para que se defenda a tese de que o texto da lei vincula o ato de decisão judicial<sup>1061</sup>, o que resulta de alguns motivos. O primeiro deles é o de que o próprio texto da lei não é uma linguagem completamente formal, antes se mostra como uma linguagem complexa, porque composta de vocábulos formais e coloquiais e porque os próprios vocábulos coloquiais podem receber novos significados quando empregados pelo texto da lei em diferentes situações. O segundo motivo é o de que, mesmo na hipótese do texto da lei empregar uma linguagem exclusivamente formal, esta circunstância não tem a capacidade de vincular nem a margem semântica das palavras<sup>1062</sup>, dada a índole simbólica<sup>1063</sup> destas, nem a possibilidade de surgimento de novos vocábulos ou de novos significados para um mesmo significante<sup>1064</sup>, vez que toda palavra é o registro catalogado de uma experiência pragmaticamente vivenciada<sup>1065</sup>. “Nenhum conhecimento nos diz nada sobre a ‘natureza’ dos textos ou a ‘natureza da leitura’”. Pois nenhum dos dois tem uma ‘natureza’”<sup>1066</sup>. O terceiro motivo é o de que o texto da lei, segundo Hassemer, é propositadamente poroso e flexível, pois “os *problemas de interpretação*, com os quais a lei sobrecarrega a jurisprudência, não são casuais, mas

<sup>1059</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 241.

<sup>1060</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>1061</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>1062</sup> *Ibidem*, p. 246.

<sup>1063</sup> Apesar de não se inclinar à ideia de compreender o símbolo como uma confusão entre os significados latente e manifesto, vez que tal definição pressupõe uma essência que se mantém oculta por detrás das palavras, utiliza-se aqui a definição de símbolo mencionada por Marcelo Neves, com o exclusivo objetivo de destacar a margem semântica inerente a todas as palavras, à medida que cada uma delas pode ser compreendida como símbolo. “Na teoria freudiana, a relação simbólica pode ser vista, em sentido lato, como uma forma de intermediação entre o pensamento manifesto consciente e o pensamento latente inconsciente, ou seja, o termo ‘simbolismo’ está ‘relacionado com o emprego símbolos para representar na mente consciente conteúdos mentais inconscientes’. Desenvolvida principalmente no âmbito da interpretação do sonho e definido este como ‘a realização (disfarçada) de um desejo (reprimido, recalçado)’, a concepção de simbolismo freudiana refere-se ao sentido indireto e figurado dos signos, significado em regra de caráter sexual”. Cf. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 9-10.

<sup>1064</sup> HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 246.

<sup>1065</sup> DE MAN, Paul. **Alegorias da Leitura: linguagem figurativa em Rousseau, Nietzsche, Rilke e Proust**. Tradução: Lenita R. Esteves. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 26.

<sup>1066</sup> RORTY, Richard. A trajetória pragmatista. In: ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. Tradução: Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 124.

intencionais; e as leis [...] devem ser moldadas por uma linguagem viva e flexível”<sup>1067</sup>. Por fim, o quarto e último motivo útil para se desconfiar da capacidade de uma linguagem formal para vincular o ato de decisão judicial é o de que a única lógica que reside tanto na linguagem formal quanto no texto da lei é a lógica dedutiva que há na relação entre as palavras<sup>1068</sup>. É dizer, “se há alguma aparência de razão na linguagem, esta se limita à sintaxe”<sup>1069</sup>, pois nem mesmo a linguagem matemática é capaz de vincular os matemáticos, pois “a lógica que há na equação se encerra no momento da descrição, da descrição do evento real”<sup>1070 1071</sup>.

Mas qual seria a relação entre o texto de lei, o ato de decisão judicial e a ideologia? Pelo menos duas relações são possíveis de identificar. A primeira delas é a que se vislumbra quando se compreende que toda linguagem pressupõe a existência de uma finalidade inconsciente que a determina, e que, por isso, toda linguagem, inclusive a empregada no texto da lei, é necessariamente valorativa e, por conseguinte, ideologicamente controlada<sup>1072 1073</sup>. Uma segunda relação entre o texto da lei e a ideologia é aquela que deriva da multiplicidade de textos de lei, fenômeno típico da era moderna e presente nos dias atuais. Isto porque quanto mais leis são produzidas, maior é a divisão e a especialização do conhecimento mínimo necessário que será utilizado pelo magistrado quando da elaboração de seu ato de decisão.

Por sua vez, quanto mais leis forem produzidas pelo Estado-legislador, maior será a sua capacidade de controlar ideologicamente aquele que demanda uma prestação do Estado-

<sup>1067</sup> HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005, p. 247.

<sup>1068</sup> “As associações lógicas advêm da *sintaxe* da nossa linguagem, mas as abreviaturas substituem as palavras que pertencem à *semântica*, que remetem à realidade, que tem ‘significado’”. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 249.

<sup>1069</sup> DE MAN, Paul. **Alegorias da Leitura: linguagem figurativa em Rousseau, Nietzsche, Rilke e Proust**. Tradução: Lenita R. Esteves. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 29.

<sup>1070</sup> *Ibidem*, p. 34

<sup>1071</sup> “[...] os conceitos de disposição são discutidos, com certa razão, sob o tema ‘ambigüidade da linguagem da lei’. Os seus pressupostos de aplicação são tão complexos e contêm tantas possibilidades de cometer erros, que só dificilmente pode ser assegurada a vinculação do juiz a tal conceito. É de temer antes uma vinculação do juiz aos peritos. Pois eles sabem de onde se pode deduzir a veracidade (*Glaubwürdigkeit*)”. Cf. HASSEMER, *Op. cit.*, 2005, p. 254.

<sup>1072</sup> Kelsen posiciona-se em sentido contrário ao acima consignado, ao dispor que, se “por ‘ideologia’ se entende [...] uma representação não-objetiva, influenciada por juízos de valor subjetivos, que encobre, obscurece ou desfoca o objetivo do conhecimento, e se se designa por ‘realidade’, não apenas a realidade natural como objeto da ciência da natureza, mas todo objeto do conhecimento e, portanto, também o objeto da ciência jurídica, o Direito positivo como realidade jurídica, então também uma representação do Direito positivo se tem de manter isenta de ideologia”. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 117.

<sup>1073</sup> “É, através da ideologia que podemos indicar os determinantes de um processo de convencimento. Proporciona as razões que permitem induzir essas associações de signos e evitar as contrárias aos processos persuasivos. A eficácia retórica de uma mensagem se encontra ideologicamente predeterminada. Aliás, essa determinação ideológica atravessa todos os processos de significação”. Cf. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 146.

-juiz por meio do direito de ação, vez que, desta forma, estará criada a aparência ideal de vinculação do juiz e, por isso, de submissão do sujeito processual (autor e acusado) à sua decisão. Diminui-se a capacidade do cidadão de questionar o texto de lei utilizado (pelo ato de decisão judicial), mantém-se o monopólio de solução dos conflitos com o Estado, face à multiplicidade de leis e o aparente grau de especialização do conhecimento necessário para proferir uma decisão judicial<sup>1074</sup>. Eis a segunda relação entre a ideologia e o texto de lei, qual seja, a ideologia da racionalidade difunde a ideia da necessidade do texto de lei e, com isso, o fenômeno da multiplicação dos textos de lei<sup>1075</sup>. Contudo, é esta mesma multiplicação de textos de lei que possibilita perceber, uma vez mais, a índole irracional do ato de decisão judicial, pois, entre tantas possibilidades de texto, não é a razão que determina a escolha. Por isso, se a norma resulta do ato de decisão judicial e este se vale da escolha para selecionar um determinado texto de lei, logo, toda norma é uma mensagem comunicada ideologicamente, pois a “função última de toda mensagem é ideológica”<sup>1076</sup>.

#### 5.1.4 A norma: mensagem comunicada e ideologia

“A norma [...] não é uma entidade de sentido normativo absoluto e invariável, [...] mas antes uma variável normativa em função do problema judicativo-decisório que a convoca”<sup>1077</sup>. A única norma que há é aquela que resulta do ato de decisão judicial, pois o “centro metodologicamente referente está, pois, no *juízo* e não directamente”<sup>1078</sup> no texto. A norma, este resultado da interação dialética entre texto da lei, caso compreendido pelo magistrado e valor inconsciente finalístico<sup>1079</sup>, mostra, assim, a sua função, a de ser

<sup>1074</sup> “O que interessa ao poder opressor é enfraquecer os oprimidos mais do que já estão, ilhando-os, criando e aprofundando cisões entre eles, através de uma gama variada de métodos e processos. Desde os métodos repressivos da burocracia estatal, à sua disposição, até às formas de ação cultural por meio das quais manejam as massas populares, dando-lhes a impressão de que as ajudam. Uma das características destas formas de ação, quase nunca percebida por profissionais sérios, mas ingênuos, que se deixam envolver, é a ênfase da visão *focalista* dos problemas e não na visão deles como dimensões de uma *totalidade*. Quanto mais se pulverize a totalidade de uma área em ‘comunidades locais’ [...] tanto mais se intensifica a alienação. E quanto mais alienados, mais fácil dividi-los e mantê-los divididos”. (FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1982, p. 165-166).

<sup>1075</sup> Assim como Jesus multiplicou os pães para dar de comer aos seus fiéis seguidores famintos, o Estado multiplica os textos de lei para saciar a necessidade interminável de racionalidade de seus cidadãos-consumidores perdidos entre tantos labirintos.

<sup>1076</sup> WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 146.

<sup>1077</sup> NEVES, Antônio Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 345.

<sup>1078</sup> *Ibidem*, p. 344.

<sup>1079</sup> Em comparação ao abismo gnosiológico mencionado no primeiro capítulo, é possível afirmar, então, que, enquanto a norma seria a ideia, e o texto da lei seria o símbolo, ambos elementos do abismo gnosiológico, o caso seria o evento. Com essa comparação, percebe-se o entrelaçamento necessário entre a irracionalidade do ato de

mensagem comunicada<sup>1080</sup>, ideologicamente controlada<sup>1081</sup> e racionalmente justificada<sup>1082</sup>, ainda que, no que toca a este último aspecto, de forma apenas aparente<sup>1083</sup>, como a máscara de Baudelaire<sup>1084</sup>. Eis o que é o discurso da norma genérica com a lei identificada, “uma forma estereotipada, altamente persuasiva, [...] mas sempre alienada”<sup>1085</sup>.

Se a norma fosse genérica e prévia ao ato de decisão judicial, haveria sempre a possibilidade de ela “tropear num *obstáculo epistemológico*, com altíssimo risco de um doloroso tombo”<sup>1086</sup>. Isto porque a norma teria sempre um compromisso com um evento futuro, que está por acontecer, mas que ainda não existe. A norma genérica mostra-se, então, demasiado pretensiosa, vez que, ao ambicionar uma prospecção sobre um possível acontecimento futuro, desconsidera a verdadeira *bricolagem de significantes*<sup>1087</sup>, na qual consiste o ato de decisão judicial. Sendo certo que “a interpretação é uma fotografia da alma do intérprete”<sup>1088</sup>, a norma não é nunca produto da consciência, pois “a consciência plena é sempre ilusória”<sup>1089</sup> e esta é uma das ilusões que permeiam o ato de decisão judicial<sup>1090</sup>. Por

---

decisão judicial e o abismo gnosiológico, sendo este, por seu turno, mais um argumento a justificar a irracionalidade daquele, vez que, por exemplo, o caso que compõe o ato de decisão judicial jamais poderá ser o caso real.

<sup>1080</sup> Mensagem comunicada não é o mesmo que mensagem transmitida, pois, com apoio na lição de Luhmann, outrora citada, a mensagem não se transmite, porque de nada se desfaz, antes se multiplica, de maneira intensa e indefinida. Cf. LUHAMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 7.

<sup>1081</sup> “A ideologia se apresenta simultaneamente como uma forma de conhecimento da realidade e como um modo de dominação social”. Cf. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 146.

<sup>1082</sup> “Uma tal interdependência entre a metadecisão (e também a metadimensão final) e o conteúdo da decisão é muito conhecida, sobretudo na sociologia da justiça”. Cf. SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 543.

<sup>1083</sup> “Deste modo, o esquema de fases torna-se definitivamente inutilizável como estrutura da decisão ‘justa’, no sentido de uma decisão racional. A própria decisão, nomeadamente, seria a primeira fase da definição do problema, na qual se encontraria já em essência a decisão futura definitiva. Uma tal pré-decisão consiste em que, por exemplo, um juiz encara, desde logo, um caso que lhe seja apresentado como igual, comparável ou semelhante, ou, finalmente, dissonante em pontos consideráveis, em relação a um esquema mental de decisão. Conforme um caso ou outro, ele orientará o seu posterior procedimento de informações”. Cf. SCHNEIDER; SCHROTH, *Op. cit.*, 2002, p. 541.

<sup>1084</sup> “É uma máscara (ai sim!) a dolosa impostura, este rosto em que a luz de um sorriso prospera. E repara também, crispada ferozmente, sua cabeça real, sua face sincera, toda escondida atrás deste rosto que mente. Pobre grande beleza! O magnífico rio de teu pranto em meu peito vem desabrochar; o teu mito me embriaga e a minha alma eu sacio nestas ondas que a Dor faz brotar deste olhar!”. Cf. BAUDELAIRE, Charles. **As flores do mal**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 34.

<sup>1085</sup> WARAT, *Op. cit.*, 1994, p. 144.

<sup>1086</sup> LOPES JR., Aury Celso Lima. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 330.

<sup>1087</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, *passim*.

<sup>1088</sup> QUEIROZ, Paulo de. **Direito penal – parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 66.

<sup>1089</sup> ROSA, *Op. cit.*, 2006, p. 277.

<sup>1090</sup> Não mencione a norma genérica. Não mencione essa ilusão criada pelo direito na modernidade. Não continue a fundamentar o ato de decisão judicial nesta e noutras ilusões. E qual é a primeira ilusão aplicável ao

isso, a norma comunicada ideologicamente é sempre um ato de irracionalidade. Não apenas pela interferência da emoção, ou do caráter instintivo da linguagem, ou por causa da multiplicação de textos, mas também pela possibilidade, nunca descartável, de o inconsciente do julgador influenciar no seu ato de decisão. Não “tem sentido manter uma venda nos olhos para fazer de conta que o problema não existe”<sup>1091</sup>.

Esclarecido, uma vez mais, o caráter casuístico da norma e sua relação com o ato de decisão judicial<sup>1092</sup>, cumpre assinalar que, se a norma é uma mensagem e o ato de decisão judicial é o seu veículo, o mecanismo responsável por viabilizar a comunicação da norma tanto aos sujeitos processuais a ela submetidos quanto à sociedade, é a ideologia<sup>1093</sup>. Isto porque a ideologia, à medida que se aproveita dos instintos, por meio do valor, este ente finalístico inconsciente, acaba por viabilizar um mínimo de possibilidade à improvável<sup>1094</sup> comunicação. E a ferramenta que viabiliza esse mínimo de possibilidade de comunicação é o mesmo instinto que origina a linguagem. Sendo certo que o instinto é finalístico e inconsciente, a finalidade inconsciente da linguagem e, por consequência, da norma que resulta do ato de decisão judicial, é a finalidade de sobrevivência. A finalidade que, entre os

ato de decisão judicial na modernidade? A de que os fatos existem. Esta, por sua vez, remete a uma segunda, a de que o juiz tem a capacidade de conhecer os fatos. Da qual, por seu turno, resulta uma terceira, a de que o juiz conhece o direito. Conhece todo o corpo de leis que constitui o ordenamento jurídico. Da qual decorre uma quarta, uma das mais difundidas ilusões, a de que os fatos justapõem-se à norma. Que envia, de imediato, a uma quinta, a de que todo texto legal tem sentido próprio, independente do contexto em que é empregado. E da qual deriva uma sexta, a de que toda norma é autoaplicável. Cf. SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, n. 7. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 269.

<sup>1091</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Editora Juruá, 1989, p. 143.

<sup>1092</sup> “É, na verdade, provável que os juízes queiram e possam colocar as questões a um sistema de informação de um modo já ‘adequado’, isto é, depois de terem definido ‘correctamente’ as questões prévias a resolver e, assim – com base na sua pré-compreensão –, já depois de terem definido previamente a solução”. Cf. SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 545.

<sup>1093</sup> “A ideologia se apresenta simultaneamente como uma forma de conhecimento da realidade e como um modo de dominação social. Enquanto forma de conhecimento, a ideologia se manifesta em discursos complexos como o da filosofia, do direito, da poesia, das lendas e dos mitos etc. Como meio de dominação ela se exercita pela força ou pela persuasão. Ambas as formas de ideologia são complementares. Todo conhecimento gera submissão e a submissão condiciona o conhecimento. A submissão se produz para o conhecimento na medida em que os efeitos lingüísticos ocultam as relações sociais submetidas, exibindo-se como naturais. [...] a ideologia como sistema de crenças é interiorizada nos indivíduos através de discursos genéricos como os da religião, o direito ou os dos meios de comunicação. Esses discursos vão mudando o inconsciente ideológico dos homens e influem como seletores das informações ou opiniões que receberão em futuros atos de comunicação. Se neles não se reconhece, a voz ideológica previamente interiorizada não os aceitará”. Cf. WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 146-147.

<sup>1094</sup> A comunicação é improvável dada a improbabilidade de entendimento entre os interlocutores envolvidos em uma dada situação, a improbabilidade de divulgação da mensagem no seio de uma comunidade de comunicação e a improbabilidade de obtenção do resultado desejado pela fala. Cf. LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 4ª edição. Tradução: Anabela Carvalho. Lisboa: Vega Limitada Passagens, 2006, p. 42-43.

animais – e o ser humano é um deles –, se desdobra em reprodução, defesa e alimentação. “Se os homens são diferentes na vida, são semelhantes na morte”<sup>1095</sup>.

Neste caso, então, qual é a finalidade da norma ideologicamente comunicada, instintivamente originada e decorrente do irracional ato de decisão judicial? A finalidade é a de se legitimar e, desta forma, preservar o poder do Estado. A finalidade é a de manter com o Estado o monopólio do poder de punir e da resolução dos conflitos selecionados<sup>1096</sup>. Se o Estado é produto do ser humano, então ele, assim como o ser humano, também é irracional. E é irracional porque o Estado não é uma ficção da lei, mas dos seres humanos que o compõem<sup>1097</sup>. Ora, se o Estado, por meio do ato de decisão judicial, aspira, mais que tudo, a sua sobrevivência, a questão é: que sobrevivência? E a resposta não pode ser outra. A sobrevivência que, na hipótese do processo penal e perante a racionalidade cartesiana, o Estado almeja e o ato de decisão judicial persegue é, repita-se mais uma vez, a manutenção do monopólio do poder de punir do Estado e o monopólio sobre a solução dos conflitos jurídica e linguisticamente selecionados. E quem é o Estado no ato de decisão judicial? O juiz. O juiz, esse ser humano irracional, esse ser humano demasiadamente humano<sup>1098 1099</sup>.

---

<sup>1095</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 38.

<sup>1096</sup> O princípio da necessidade do processo penal. Cf. LOPES JR., Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 21.

<sup>1097</sup> BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005, p. 36.

<sup>1098</sup> NIETZSCHE, *Op. cit.*, 2000, p. 8.

<sup>1099</sup> “É em nossa natureza selvagem que melhor nos restabelecemos de nosso movimento antinatural [...]”. Cf. NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos** - Ou como filosofar com o martelo. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 4.

## CONCLUSÃO

O ato de decisão judicial foi concebido como um ato humano, como um ato de um ser humano, do ser humano juiz. Este ato humano foi, inicialmente, analisado a partir do abismo gnosiológico. Um abismo gnosiológico constituído pelo evento real, pela ideia e pelo símbolo, os quais, respectivamente, correspondem ao caso, à norma e ao texto da lei. Este ato de decisão judicial intermediado por um abismo gnosiológico, foi, então, compelido a enfrentar duas possíveis concepções de linguagem, a retórica e a objetológica, vez que cada uma delas relaciona-se com o abismo gnosiológico a partir de diferentes perspectivas. Enquanto a concepção objetológica sustenta a capacidade de a linguagem retratar com fidelidade o evento real e transmitir com precisão a ideia (o pensamento consciente), a concepção retórica defende que a linguagem não está capacitada a nenhuma das duas tarefas.

Com a suspeita de que as concepções de linguagem são, na verdade, reflexos de possíveis concepções antropológicas sobre o ser humano, as duas possíveis concepções sobre o ser humano foram analisadas. A que o entende como um ser humano pleno, dotado, por sua vez, de uma linguagem objetológica, porque hábil a capturar o mundo dos eventos reais no qual se encontra. E a que sustenta que o ser humano é, em verdade, uma espécie de ser carente, porque não adaptado ao mundo em que vive, sendo sua linguagem de caráter retórico um dos argumentos mais fortes convincentes quanto a esta circunstância.

A partir dessas concepções sobre a linguagem e sobre o ser humano, enfrentou-se a questão relativa ao livre-arbítrio, dada a importância que este, supostamente, deve desempenhar na confecção do ato de decisão judicial. Mas aqui nessa passagem, tomando como pressuposto a concepção retórica da linguagem e a concepção carente de ser humano, e partindo da premissa que a racionalidade deriva da linguagem, sustentou-se a impossibilidade do conceito de livre-arbítrio, face à incapacidade da linguagem para propiciar um conhecimento pleno sobre o mundo. Sendo assim, se o conhecimento não é pleno porque a linguagem é retórica, a vontade racionalmente orientada também não o é, pois todo livre-arbítrio, porque racional, exige como pressuposto uma linguagem capacitada. Em suma, só se deseja aquilo que se conhece.

Ciente do problema relativo ao livre-arbítrio, percebeu-se, então, que o magistrado, quando da elaboração de seu ato de decisão judicial, vê-se diante de um drama existencial, o drama da escolha. É dizer, o magistrado, considerado como um ser humano carente, aparelhado por uma linguagem retórica, desprovido de um livre-arbítrio pleno, vê-se,

ao longo de sua existência, especialmente no momento do ato de decisão judicial, obrigado a realizar uma escolha. E o que é pior, uma escolha que irá marcar definitivamente a vida de um outro ser humano carente. Eis a contribuição do primeiro capítulo para a irracionalidade do ato de decisão judicial.

Dado o problema em que o ato de decisão judicial já se vê, agora, envolvido, a partir do descrito no primeiro capítulo, e em especial, com o problema da racionalidade, tornou-se, então, necessário, fazer uma análise mais aprofundada do ato de decisão judicial, quer a partir do prisma da modernidade, quer a partir do prisma da pós-modernidade.

Nesse sentido, a análise do ato de decisão judicial é iniciada a partir da perspectiva da modernidade. E a primeira cautela adotada com este propósito foi a de definir, o mais precisamente possível, o conceito de *modernidade*. Para tanto, foi estabelecida, em um primeiro momento, as bases semânticas de uma definição de modernidade e, em uma segunda ocasião, os alicerces sociológicos do edifício da modernidade. São as bases semânticas e os alicerces sociológicos da modernidade que demandaram, no momento seguinte, partindo-se da doutrina de Luhmann, que fossem fixadas as definições tanto de *sociedade* quanto de *procedimento*, em razão da repercussão que as mesmas exercem sobre o ato de decisão judicial. Repercussão esta que se tornou, por sua vez, mais aparente quando se analisou a relação que o ato de decisão judicial mantém com o procedimento judicial, sendo este último conceito também examinado a partir da lição de Luhmann.

Identificadas as características da modernidade e suas conexões com o ato de decisão judicial, como, por exemplo, as noções de *positivismo*, *dogmática*, *racionalidade*, *sistema*, *Estado*, dentre outras palavras de extrema importância, enfrentou-se, ao cabo da abordagem sobre a modernidade, o mal-estar por ela criado ao ato de decisão judicial a partir da doutrina de Freud. Esse mal-estar surgiu com a busca excessiva pela segurança, às custas de qualquer espaço de liberdade, para manifestação da individualidade. O que, por seu turno, em muito interessa ao ato de decisão judicial, vez que este, na modernidade, encontra-se sempre limitado pelo dogma da segurança jurídica, a qual, por sua vez, é justificada pela racionalidade e em nome da racionalidade, de uma racionalidade cartesiana.

A pós-modernidade e seus reflexos sobre o ato de decisão judicial surgiram, portanto, em meio a um cenário descrito por Bauman, caracterizado pelo drama da insegurança, pela busca da individualidade, pelo culto à liberdade e, principalmente, pela crise de racionalidade. Foi a crise de racionalidade, aliada aos demais fatores, que acabou por redundar no problema de legitimidade do ato de decisão judicial no contexto da pós-modernidade. E, foi por conta deste novo contexto e da crise de legitimidade instalada, que o

ato de decisão judicial viu-se obrigado a se reformular a partir de três linhas estratégicas, partindo de uma concepção positivista-retórica, na tentativa de se adaptar a essa nova conjuntura de fatores que o cerca. O segundo capítulo, portanto, utilizou-se da noção de pós-modernidade para, a partir dela, construir um esboço do ato de decisão judicial e de sua irracionalidade disfarçada.

Feitos tais esclarecimentos quanto à relação entre modernidade e pós-modernidade, e entre estas e o ato de decisão judicial, retornou-se, então, à análise do ato de decisão judicial a partir das perspectivas objetológica e retórica da linguagem, vez que o pressuposto adotado foi a circunstância de que o ato de decisão judicial é necessariamente um ato de linguagem. Nesse sentido, no terceiro capítulo, foram aprofundadas as concepções objetológica e retórica da linguagem e a relação de que cada uma delas mantém com o ato de decisão judicial, de sorte a saber qual a mais adequada ao caráter irracional do ato de decisão judicial.

Como forma de esgotar todas as possibilidades de racionalidade do ato de decisão judicial, logo após a análise mais detalhada das concepções da linguagem, fez-se uma comparação entre cada uma dessas concepções de linguagem e a ciência, partindo-se da premissa de que a ciência é sempre uma sistematização de conhecimentos racionalmente produzidos. Percebido que nenhum dos três caminhos trilhados encontrava-se completamente adequado à irracionalidade do ato de decisão judicial, especulou-se, então, qual seria a função vital do ato de decisão judicial. E, com este propósito, o ato de decisão judicial foi analisado como um ato de linguagem e como um ato de um discurso. Após isso, de sorte a fazer sucumbir qualquer nova tentativa de conferir racionalidade ao ato de decisão judicial, e utilizando-se da lição de Prigogine, mostrou-se que nem mesmo a física, uma das disciplinas científicas mais prestigiadas na modernidade, encontra-se mais habilitada a oferecer qualquer espécie de certeza. O ato de decisão judicial disso não difere. Por fim, ainda no contexto da função vital do ato de decisão judicial, o capítulo terceiro dedicou-se a sustentar quais seriam, de fato, os objetivos do processo e do ato de decisão judicial por ele produzido.

Diante da maior adequação da concepção retórica de linguagem à irracionalidade do ato de decisão judicial, mas considerando que esta concepção não se mostrou completa, porque não se volta à própria base sobre a qual retórica se manifesta, isto é, a linguagem, sustentou-se o caráter ontológico do ato de decisão judicial e este passou a ser analisado a partir de uma perspectiva ontológica. Contudo, para que tal perspectiva não fosse mal interpretada, cuidou-se de esclarecer o sentido em que o termo *ontologia* foi empregado. Feito isso, mostrou-se que a estratégia utilizada pelo ato de decisão judicial, como ato de

irracionalidade, era a sua estrutura entimemática. Essa estrutura entimemática, sustentada a partir de uma teoria da argumentação judicial e baseada na ascese, que lastreia o ato de decisão judicial, ofereceu o suporte mínimo para tese da irracionalidade do ato de decisão judicial.

Foi com o propósito, então, de sustentar a índole irracional do ato de decisão judicial, que se fez, no quinto e último capítulo, uma análise detalhada da estrutura da norma e de cada um de seus elementos, isto é, o valor, o caso, o texto e a ideologia, bem como da norma, tomada enquanto mensagem comunicada. Tal análise encontrou-se orientada pelo seguinte objetivo: ratificar o caráter irracional do ato de decisão judicial.

## POSFÁCIO

### 1 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E A TELEVISÃO: ESCLARECIMENTOS INICIAIS

Sabe-se que o posfácio é um texto informativo posterior à conclusão de uma pesquisa e que, na prática acadêmica, geralmente é utilizado em dissertações e teses<sup>1100</sup>. Todavia, o que motiva a elaboração deste posfácio não é apenas a análise de um fenômeno específico dos dias atuais, neste caso, a televisão, mas também a desconfiança de que ela exerce uma significativa interferência no ato de decisão judicial. Contudo, poder-se-ia indagar: por que tal assunto demanda a elaboração de um posfácio? A resposta para tal pergunta não poderia ser outra senão a advertência de que, se o ato de decisão judicial é um ato irracional, conforme a explicação constante do quinto capítulo, então, nos dias atuais, dada a expansão da televisão sobre todos os setores da vida em sociedade, afigura-se possível que a televisão tenha a capacidade de exercer sobre o ato de decisão judicial uma relevante ingerência.

Convém lembrar ainda que, na sociedade contemporânea, o ato de decisão judicial vê-se obrigado, a um só tempo, tanto a resgatar sua legitimidade que se encontra em decadência quanto a dimensionar as possíveis consequências sociais de sua divulgação em larga escala e de forma repetida pela televisão. Ora, esta não era uma preocupação há muito existente. A televisão somente surge no final do século XX, por volta da década de cinquenta. Isto quer dizer que a televisão é, além de fenômeno recente, fenômeno pouco estudado. E, em especial, fenômeno pouco estudado pelo Direito, além de pouco avaliado quanto às suas possíveis repercussões sociais. Se, quanto a isso, não há como negar, como, então, o ato de decisão judicial, este ato irracional, provindo de um ser humano carente, oriundo de uma linguagem instintiva, convive com a televisão? E, mais ainda, será que o ato de decisão judicial, uma vez constatada a crise da racionalidade cartesiana na sociedade pós-moderna, sofre influência da televisão? Eis, aqui, os primeiros argumentos a fundamentar a elaboração deste posfácio.

Outro argumento a justificar a elaboração deste posfácio é o que diz respeito à circunstância de ser a televisão também um fator de agravamento da irracionalidade do ato de decisão judicial. A televisão exaspera a irracionalidade do ato de decisão judicial porque confere maior visibilidade aos casos e às situações do cotidiano. Desta forma, não apenas

---

<sup>1100</sup> BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da pesquisa**: monografia, dissertação e tese. São Paulo: Atlas, 2004, p.23-24.

aumenta as possibilidades quanto à edição de novos textos de lei (o labirinto de textos<sup>1101</sup>), à medida que divulga um número elevado de situações, como também é um novo filtro de seleção dos casos que poderão chegar ao conhecimento dos órgãos estatais (cifras ocultas), uma vez que poderá, por exemplo, provocar a maior atenção do aparelho estatal para um determinado caso por ela noticiado.

Mas não apenas isto. A principal forma de fomento da irracionalidade do ato de decisão judicial desempenhada pela televisão se dá por meio dos valores. Isto porque a televisão, através da difusão de notícias, não apenas informa, mas, sobretudo, constrói ou interfere na constituição do senso comum. E é por meio do senso comum que a televisão encontra-se capacitada à transformação ou manutenção de determinados valores, isto é, das finalidades impostas por meio da linguagem e controladas por uma dada ideologia. Quando a televisão se vê capacitada para interferir na construção dos valores, ela já estará habilitada a influenciar o ato de decisão judicial e sua irracionalidade. Mas por quê? Porque, neste momento, a televisão já terá capacidade de influenciar tanto a norma que resulta do ato de decisão judicial, e cada um dos elementos que constituem a sua estrutura (texto de lei e caso), quanto a própria pré-compreensão do magistrado. Fixam-se, assim, mais alguns argumentos a justificarem a elaboração deste posfácio.

Alguns esclarecimentos, ainda neste momento inicial, devem ser feitos. O primeiro deles é o de que este posfácio valer-se-á do processo penal como um possível exemplo de interferência da televisão sobre o ato de decisão judicial. O segundo esclarecimento é sobre a forma de confecção do texto. Isto porque, mais adiante, será utilizada não apenas a forma de poesia de influência moderna como também o emprego frequente de orações interrogativas. Quanto à escolha do processo penal como exemplo de ato de decisão judicial sujeito à ingerência da televisão, convém consignar que as razões que motivaram esta escolha foram tanto o caráter mais violento desta espécie de processo quanto as consequências mais danosas que podem ser sentidas pela sociedade. No que toca à forma de poesia de influência moderna empregada, esta, por seu turno, justifica-se tanto porque as rimas tornam o texto mais agradável, o que é importante, tratando-se do final de um trabalho relativamente extenso, quanto porque elas se encontram em coerência com uma pesquisa que dedicou muita atenção à retórica, à estilística e ao emprego dos argumentos. Por fim, no que tange ao uso repetitivo de frases interrogativas, estas se encontram fundamentadas na retórica, ao explicar o emprego da ironia, e na oratória, ao orientar sobre o uso persuasivo da pergunta. Portanto, nada mais

---

<sup>1101</sup> Assunto tratado no quinto capítulo.

coerente, ao final desta jornada, do que se valer de algumas das ferramentas que a retórica disponibiliza.

Apresentadas as razões que motivam a elaboração do presente item, suscitada a hipótese de uma possível ingerência da televisão sobre o ato de decisão judicial, cumpre destacar, desde logo, as possíveis relações que a televisão mantém com o Estado e com o tipo ideal da democracia<sup>1102</sup> na era contemporânea. Estas relações ganham ainda mais importância quando se tem em mira o ato de decisão judicial. Isto se dá porque todo ato de decisão judicial é um ato de Estado e porque a legitimidade por ele almejada, em tese, deveria advir da possibilidade de participação democrática dos sujeitos processuais a ele submetidos. É dizer, se o ato de decisão judicial é um ato de Estado e, em tese, deveria ser legitimado pela sua feição democrática, já há, por isso, razão suficiente para se analisar a relação que a televisão mantém tanto com o Estado quanto com a democracia, bem como com o ato de decisão judicial. É esta relação que será desenvolvida, a seguir, já em forma de poesia de influência moderna.

## 2 O ATO DE DECISÃO JUDICIAL E A POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DA TELEVISÃO

O que se pode entender por democracia?

Um tipo ideal imaginado, na Grécia antiga, pela aristocracia?

Um conceito formatado, na modernidade, pela burguesia?

E a televisão, representa um perigo para essa ideologia<sup>1103</sup>?

Não é possível afirmar, ao certo, que haja um perigo para a democracia

Mas é possível desconfiar que há entre elas uma parceria

Uma parceria beneficente ao ato de decisão judicial ou à maioria?

Ou uma parceria que só parece beneficiar uma pequena minoria?

E a televisão, é mesmo um espaço para o livre discurso entre os cidadãos?

E onde fica o ato de decisão judicial em meio a sua franca expansão?

<sup>1102</sup> A referência que será feita quanto à democracia nesta passagem não tem por escopo sustentá-la, face às restrições apresentadas quanto a este conceito no segundo capítulo, mas apenas colocar em destaque as dificuldades que cercam a convivência entre democracia, tomada em seu sentido ideal, e a televisão.

<sup>1103</sup> POPPER, Karl. CONDRY, John. **Televisão: um perigo para a democracia**. Tradução: Maria Carvalho. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2007.

O certo é que o Estado, na modernidade, tão encorajado,  
na atualidade, tão desprestigiado, questionado e ridicularizado,  
não parece apresentar qualquer mecanismo de contenção  
diante do avanço gradativo da televisão sobre o ato de decisão.

A essência de um suposto Estado Democrático é a não-violência<sup>1104</sup>?

Mas o que dizer da programação televisiva exibida com frequência<sup>1105</sup>?

A escalada televisiva sobre o ato de decisão se dá por conta de audiência?

E por que este fenômeno tem se repetido com tanta insistência?

Talvez pela circunstância de a televisão ser uma relativa novidade?

Talvez porque a televisão desperte fascínio na sociedade<sup>1106</sup>?

Talvez pela inércia das instituições incapazes de reagir com celeridade<sup>1107</sup>?

Talvez pela convivência de algumas poucas autoridades<sup>1108</sup>?

Enquanto o ato de decisão judicial é cada vez mais questionado,

o poder da televisão é, cada dia que passa, mais ilimitado<sup>1109</sup>

---

<sup>1104</sup> A lógica do consumo, que permeia os meios de comunicação de massa, decreta a produção de manchetes e a comercialização da violência como produto de consumo. Aliás, com espreque na lição de Jean Baudrillard, a violência na sociedade do consumo desempenha diversas funções. A primeira delas é que a grande massa “pacificada” é quotidianamente alimentada pela violência consumida e pela violência alusiva a toda substância apocalíptica do *mass media*, como forma de dar vazão à agressividade e ao instinto destrutivo inerente ao ser humano (além do fascínio – poder e prazer – exercido pela morte). Uma segunda função é a relativa à violência como estratégia para despertar uma obsessão por segurança e bem-estar e provocar uma febre de consumo bélico. Esta, por sua vez, é seguida por uma outra função, a qual põe em destaque a violência “espetacularizada” e o conformismo da vida quotidiana como realidades abstratas que se alimentam de mitos e signos. Uma quarta função é a que ressalta a violência ministrada a doses homeopáticas pela mídia como forma de realçar a *fragilidade real* da vida pacificada, vez que o espectro da fragilidade é que assedia a civilização da abundância, à medida que evidencia o equilíbrio precário que firma a ordem de contradições que constitui a sociedade contemporânea. Note-se também que uma outra função é a da violência inexplicada como uma imposição de revisão das ideias de abundância e das taxas de crescimento da economia, face às contradições fundamentais da abundância. Ademais, cabe ainda ressaltar como função aquela relativa à violência que desperta como consequências, dentre outras, a destrutividade das instituições e a depressividade contagiosa da população, passando por condutas coletivas de fuga (como, por exemplo, o aumento do consumo de drogas lícitas ou ilícitas). Mas, não apenas isto. Cumpre destacar a violência que resulta da *pulsão* desencadeada pelo consumo, o condicionamento do espectador diante do apelo do espetáculo, como estratégia de manipulação do desejo. Não fosse isso suficiente, é conveniente ainda pôr em evidência a violência que conduz à reabsorção das angústias através da proliferação das terapias, dos tranquilizantes, ou seja, a sociedade de abundância, produtora de satisfação sem finalidade, que esgota os recursos para produzir o antídoto para a angústia derivada da satisfação. Cf. BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007, p. 184-191.

<sup>1105</sup> POPPER, Karl. CONDRY, John. **Televisão: um perigo para a democracia**. Tradução: Maria Carvalho. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 9.

<sup>1106</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>1107</sup> *Ibidem*, p.12.

<sup>1108</sup> GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006, p. 17.

Mas é possível, em uma “democracia”, um poder incontrolado?<sup>1110</sup>

Um poder mais que dimensionado, um poder paralelo ao Estado?

Para onde foi o monopólio do poder de punir do Estado<sup>1111</sup>?

Não seria o ato de decisão judicial, pela televisão, influenciado?

Já não se sabe qual a diferença entre a realidade e a ficção<sup>1112</sup>,  
entre a polícia e o ladrão<sup>1113</sup>, entre o consumidor e o cidadão<sup>1114</sup>.

Qual é o papel da televisão sobre o ato de decisão judicial?

Não seria a televisão uma adversária do Congresso Nacional<sup>1115</sup>?

Os temas de apelo popular são, primeiro, discutidos na televisão,  
para, somente depois, serem debatidos nas casas legislativas da nação.

O poder do magistrado atravessa crise de legitimidade<sup>1116</sup>?

O texto de lei continua a ter o mesmo nível de representatividade<sup>1117</sup>?

E o ato de decisão judicial, ainda aparenta tanta racionalidade?

Para onde foram as certezas em meio a tantas possibilidades?

Se “democracia” realmente não rima com “demagogia” ou com “hipocrisia”,  
onde se encontra o Estado em meio a este cenário de anarquia?

<sup>1109</sup> POPPER, Karl. CONDRY, John. **Televisão: um perigo para a democracia**. Tradução: Maria Carvalho. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p.12.

<sup>1110</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>1111</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 19.

<sup>1112</sup> A televisão reconstitui o mundo de uma forma especial. A telenovela torna-se o mundo real e o telejornal o mundo ficcional. A novela é tão cotidiana quanto a própria vida. Tornou-se um componente necessário à existência, uma espécie de preenchimento da necessidade de vivência. O mundo do homem é a medida de seus anseios e angústias. Cf. MARCONDES FILHO, Ciro. **Televisão**. São Paulo: Editora Scipione, 1994, p. 38-41.

<sup>1113</sup> Reflexão que apresentaria o seguinte conjunto de medidas: a censura aos programas violentos; a imposição de um compromisso legal aos que trabalham com a televisão; a instituição de uma autorização revogável. O que se visa não é a censura da televisão, mas uma televisão com compromisso moral. Cf. POPPER, Karl. CONDRY, John, *Op. cit.*, 2007, p. 12.

<sup>1114</sup> BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007, p. 26-27.

<sup>1115</sup> “A mídia substitui algumas das tradicionais funções do partido, tais como: definir a agenda dos temas relevantes para a discussão na esfera pública, gerar e transmitir informações políticas, fiscalizar a ação das administrações públicas e canalizar as demandas da população junto ao governo. Ao aparecer como o principal (mas de forma alguma único) aparelho privado de hegemonia, os meios de comunicação aparecem como um espaço de luta política fundamental na construção contra-hegemônica”. SOUZA, Rafael Bellan Rodrigues de. **Gramsci e a Comunicação: a mídia como aparelho privado de hegemonia**. Disponível em: < [http://www.faac.unesp.br/eventos/jornada2005/trabalhos/26\\_rafael\\_bellan.htm](http://www.faac.unesp.br/eventos/jornada2005/trabalhos/26_rafael_bellan.htm) >. Acesso em: 03 jul. 2008.

<sup>1116</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade – no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1989, p. 21.

<sup>1117</sup> *Ibidem*, p. 26.

A televisão já atua sobre o juiz como se fosse corregedoria!  
 A televisão já questiona a decisão judicial e põe em cheque a sua hierarquia.

Será que a televisão, realmente, só visa a melhor forma de comunicação?  
 Não seria a televisão um instrumento a serviço da dominação?  
 Um instrumento simbolicamente<sup>1118</sup> organizado para a manutenção?  
 Para manutenção de uma ordem ou sistema de uma parcela da população?

Em todo caso, não deve o ato de decisão judicial subestimar a televisão  
 Basta observar o transcurso do século XX para se aprender esta lição<sup>1119</sup>  
 Se, antes, a televisão era uma “caixa falante, cara e por poucos assistida”<sup>1120</sup>,  
 hoje, cada cidadão tem uma delas, dentro de casa, sob sua guarida.

Eis a maravilhosa transformação pela qual passou a televisão  
 Antes, uma fabulosa invenção de uma moderna civilização  
 Hoje, eletrodoméstico de primeira utilidade sempre em promoção  
 Afinal, é preciso garantir que haja uma delas na casa de cada cidadão.

E a televisão avança sobre o ato de decisão judicial sem estardalhaço<sup>1121</sup>  
 Seria o juiz, em meio a este cenário, um grande palhaço?  
 E a população ainda acredita ou seriamente desconfia do poder judiciário?  
 Será que é por conta das denúncias de corrupção divulgadas no noticiário?

Se há um caminho para a ingerência da televisão no ato de decisão,

<sup>1118</sup> BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão** – seguido de a influência do jornalismo e os jogos olímpicos. Tradução: Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 4.

<sup>1119</sup> POPPER, Karl. CONDRY, John. **Televisão: um perigo para a democracia**. Tradução: Maria Carvalho. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 8.

<sup>1120</sup> A televisão torna a memória descartável. O passado é embolorado, o futuro demanda o tempo, por isso, é custoso. Logo, a televisão é o altar no qual se celebra o tempo presente, o imediato. Mas não apenas isto. A televisão desperta no homem a preguiça de pensar, pois ela pensa por ele. A televisão não é espaço democrático de participação. Pelo contrário. É veículo sufragado numa linguagem autorreferencial. Desta forma, a televisão não fala do homem, ela fala de si. Não é a arte que imita a vida, é a vida que é manipulada pela arte. Por isso, o homem pós-moderno, além de não possuir identidade, sofre de amnésia crônica. Por conseguinte, a memória, que é a evidência da historicidade e da existência, é resíduo radioativo que deve estar bem à distância do cidadão. Por outro lado, a memória viabiliza a construção do conceito de tempo, potencializa a recordação de uma impressão do passado e a imaginação de um futuro, ou, como prefere Jacques Lacan, a memória é uma combinação linguística. Por conseguinte, é possível asseverar que o tempo é uma convenção de linguagem, dentro da qual o homem pós-moderno enclausurou-se. (LACAN, Jacques. **Televisão**. Tradução: Antonio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 42-63).

<sup>1121</sup> MARCONDES FILHO, Ciro. **Televisão**. São Paulo: Editora Scipione, 1994, p. 13.

este começa pela cumplicidade com a tela, essa forma tão bela  
 Pois ela é tão cedo exibida e tão bem difundida  
 Do caixa automático ao carro hidramático  
 Do computador ao projetor  
 Do jogo eletrônico ao supersônico  
 E do celular até o radar.

Se o juiz foi a criança educada pela programação semanal,  
 O que esperar, no mundo de hoje, do ato de decisão judicial?  
 Que se rebele contra a televisão porque ele é racional?  
 Ou que seja envolvido pela circunstância emocional?

Existe uma nova relação entre trabalho e capital<sup>1122</sup>  
 O tempo, agora, é o valor principal  
 Não é a verdade que norteia o ato de decisão judicial,  
 Mas é a velocidade que se tornou fundamental.

E qual o papel da televisão sobre a família na atualidade?  
 Teria este papel alguma outra repercussão sobre a sociedade?  
 Teria a televisão ganhado a inofensiva tarefa de educar<sup>1123</sup>  
 quando os pais foram obrigados a sair de casa para trabalhar?

O que se pode esperar, então, do juiz, esse menino crescido,  
 por tanto tempo entretido, e tão bem convencido?  
 Ir de encontro à “mãe” que lhe havia ensinado?  
 Que lhe havia tão “bem educado”<sup>1124</sup>?

---

<sup>1122</sup> “O mais absurdo é que nunca são mostradas pessoas a trabalhar nem o modo como adquiriram os bens que exibem. Não se estabelece qualquer relação entre riqueza e trabalho. As crianças, que preferem as soluções mais fáceis, aspiram à felicidade tal como é definida na televisão, ou seja, possuir bens materiais, mas não sabem o que precisam fazer para os obterem”. Cf. POPPER, Karl. CONDRY, John. **Televisão: um perigo para a democracia**. Tradução: Maria Carvalho. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 49.

<sup>1123</sup> Karl Popper compreende que a televisão representa um perigo para a democracia, também porque esta amolda a criança de hoje e o cidadão de amanhã a uma lógica nefasta e violenta. “As crianças de hoje são cruéis umas com as outras, e são desprovidas de compaixão, se troçam dos fracos e desprezam quem precisa de ajuda, será que isso se deve ao que vêem na televisão?”. Cf. POPPER; CONDRY. *Op.cit.*, p. 15 e 48.

<sup>1124</sup> O sensacionalismo midiático em torno da criminalidade é o fruto mais amargo da cumplicidade entre um aparelho policial ineficiente e uma imprensa que ouve e publica. É rotina: crimes complexos, intrincados, embalados por paixões e mistérios, são desvendados instantaneamente para jornalistas, aos quais não ocorre

Será que é isso, realmente, que se pode esperar?  
 Será que o ato de decisão, de nenhuma forma, se deixaria influenciar?  
 Será que a televisão já não teria capacidade de manipular?  
 Será?<sup>1125</sup>

Mas como seria isso possível se “a televisão sempre diz a verdade”<sup>1126</sup>?  
 Se o menino aprendeu que não se deve questionar uma autoridade<sup>1127</sup>?  
 Se o menino cresceu desejando, um dia, ser uma celebridade?  
 É porque o menino, esse mesmo menino, nunca perdeu a ingenuidade.

A televisão suprime as noções de futuro e passado,  
 inaugurando a ditadura de um presente por ela imaginado  
 Como nos sonhos e nas representações do inconsciente<sup>1128</sup>,  
 a televisão mistura as situações de forma incoerente<sup>1129</sup>

E é esse tempo presidido pela televisão  
 que acossa o sempre lento ato de decisão  
 A imposição de uma nova lógica de tempo  
 sempre limita a produção de conhecimento

---

perguntar: “Como o senhor descobriu tudo isso em tão pouco tempo?” Se o jornalista pergunta, perde a notícia. Ademais, não é verdade que os jornais só publiquem informações de fontes oficiais. Quase sempre, a vítima é a fonte mais segura e inquestionável das informações divulgadas. Cf. MARCONDES FILHO, Ciro. **Televisão**. São Paulo: Editora Scipione, 1994, p. 3-4.

<sup>1125</sup> “Será, que será? / O que não tem certeza nem nunca terá / O que não tem conserto nem nunca terá / O que não tem tamanho... / [...] / Será, que será? O que não tem decência nem nunca terá / O que não tem censura nem nunca terá / O que não faz sentido... / O que será, que será? Que todos os avisos não vão evitar / Por que todos os risos vão desafiar / Por que todos os sinos irão repicar / Por que todos hinos irão consagrar / E todos os meninos vão desembestar / E todos os destinos irão se encontrar / E mesmo o Padre Eterno que nunca foi lá / Olhando aquele inferno vai abençoar / O que não tem governo nem nunca terá / O que não tem vergonha nem nunca terá / O que não tem juízo...”. Trecho da letra da música *O que será?*, de autoria de Francisco Buarque de Hollanda. Disponível em: < <http://letras.terra.com.br/chico-buarque/45156/> > . Acesso em: 12 maio 2009.

<sup>1126</sup> LACAN, Jacques. **Televisão**. Tradução: Antonio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 7.

<sup>1127</sup> POPPER, Karl. CONDRY, John. **Televisão**: um perigo para a democracia. Tradução: Maria Carvalho. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 7.

<sup>1128</sup> A condição do inconsciente é a linguagem, por isso o pensamento só tem com o alma-corpo uma relação de existência. Muito pouco do que se chama de real provém do que se entende por real. Mas não apenas isto. Só existe estrutura de linguagem na medida em que a língua é a condição do sentido. Nestes termos, basta um significante para fundar o significante “Um”. Não se iluda, bicho-homem, não há harmonia entre o Ser e o mundo. LACAN, *Op. cit.*, 1993, p. 17-25.

<sup>1129</sup> MARCONDES FILHO, *Op. cit.*, 1994, p. 84.

E a televisão se empenha para que o cidadão nunca deixe de acreditar...  
Nunca deixe se levar pelo que o ato de decisão venha lhe falar,  
Nunca deixe de acompanhar as edições do telejornal que sempre vão ao ar.

O resultado disso é que o telespectador não pensa sobre a notícia,  
mas com a notícia, pela notícia e/ou a partir desta realidade fictícia  
É possível que, com o magistrado, graças à razão, ocorra algo diferente?  
Seria o magistrado um ser humano plenamente autossuficiente?

Quando a sociedade elege o apresentador do telejornal  
à qualidade de paladino da justiça, da ética e da moral,  
existe sempre a possibilidade do ato de decisão judicial  
transformar-se em chamada de abertura em rede nacional

O avanço desmedido da televisão sobre o ato de decisão produzido  
pode trazer algumas consequências para essa relação turbulenta  
É possível que a expansão da televisão, de forma tão violenta,  
sujeite a sociedade a (mais) um outro dano que ainda está por ser infligido.

Seria um deles, o tempo perdido, de frente para a tela?  
Ou seria o tempo entretido, assistindo à novela?  
Seria o senso comum pela televisão fabricado?  
O senso que vai do matuto ao homem letrado,  
que liga um país de cima a baixo, de lado a lado?  
Poderia, então, a televisão influenciar o magistrado?

E a concorrência instaurada com a sala de aula,  
que não prende a atenção, mas parece uma jaula?  
E a concorrência com o jantar tradicional de família,  
sempre aos domingos, aquela mesma cartilha

Seria, ainda, um outro dano infligido,  
ainda não percebido,  
a distorção do debate público pela televisão?

Afinal, quem compõe a grade de programação<sup>1130</sup>?

A população<sup>1131</sup>?

Não, certamente, não!

O certo é que, nos dias de hoje, em plena pós-modernidade,

a televisão inaugura um novo tipo de sociedade<sup>1132</sup>

mais expectadora<sup>1133</sup>, menos questionadora,

mais individualista e menos altruísta

Uma sociedade em que se dissemina a perda de sensibilidade,

em que se cultiva, diante do mórbido, a curiosidade<sup>1134</sup>,

em que se estimula a paranoia por segurança,

mas que se descobriu órfã<sup>1135</sup> de qualquer ética ou moral,

assim como uma pequena criança

E quanto ao ato de decisão judicial, existe alguma esperança?

Se a nova sociedade que surge com a televisão é a do espetáculo,

então, o ato de decisão vê-se, agora, dentro de um grande receptáculo

Sempre vigiado, muito questionado,

pouco respeitado<sup>1136</sup>

E ainda se fala de imparcialidade?

<sup>1130</sup> POPPER, Karl. CONDRY, John. **Televisão**: um perigo para a democracia. Tradução: Maria Carvalho. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 8.

<sup>1131</sup> “Um grande espírito (Frederico, o Grande) submeteu um dia ao exame público este problema: ‘É permitido enganar o povo?’ Dever-se-ia responder que um povo não se deixa enganar no que é seu fundamento substancial, sua essência e caráter definido do seu espírito, mas que, quanto aos modos deste saber e ao juízo que formula sobre suas ações e eventos delas promanados, o povo é enganado por si mesmo”. Cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 290.

<sup>1132</sup> DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo** – comentários sobre a sociedade do espetáculo. 4. ed. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 9-12.

<sup>1133</sup> BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão** – seguido de a influência do jornalismo e os jogos olímpicos. Tradução: Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 14.

<sup>1134</sup> POPPER; CONDRY, *Op. cit.*, 2007, p. 10.

<sup>1135</sup> MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade orfã. Tradução: Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes de Albuquerque. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 11. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2000, p. 125-126.

<sup>1136</sup> SAAVEDRA, Modesto. **“Opinión pública libre” – medios de comunicación social en la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional Español**. Disponível em: <[http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14\\_09.pdf](http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_09.pdf)> . Acesso em: 21 abr. 2009.

Se é fato que ela não é neutralidade,  
também é fato que ela, agora, parece ingenuidade  
Não se trata de incredulidade,  
mas de falta de racionalidade<sup>1137</sup>

Eis, então, uma nova sociedade,  
onde a palavra perdeu flexibilidade  
e a imagem tornou-se a majestade<sup>1138</sup>  
Na sociedade do espetáculo,  
as imagens, sempre mais eloquentes,  
substituíram as palavras incipientes.

Mas o caso “real” perdeu a sua inerente complexidade?  
E por que a televisão insiste em transformá-lo em uma simplicidade?  
Seria porque o caso real tornou-se *prêt-à-porter*<sup>1139</sup>?  
Simples de divulgar, sem que seja preciso pensar  
Fácil de entender, para que seja possível vender<sup>1140</sup>

O que fazer, então, diante do avanço da televisão sobre o ato de decisão?  
Censurar?

Mas censurar não seria violentar?  
Não é comprometer as garantias que levaram tanto tempo para conquistar?  
Não é isso que a opinião publicada<sup>1141</sup> quer nos fazer acreditar?

Mas é possível que a própria televisão,  
que tanto condena a censura<sup>1142</sup>,  
também adote esta mesma postura?

<sup>1137</sup> BOUVERESSE, Jacques. **O futuro da filosofia** – o filósofo entre os autófalos. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005, *passim*.

<sup>1138</sup> DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo** – comentários sobre a sociedade do espetáculo. 4. ed. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 28-29.

<sup>1139</sup> Pronto para vestir, pronto para usar, pronto para consumir.

<sup>1140</sup> BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão** – seguido de a influência do jornalismo e os jogos olímpicos. Tradução: Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 16.

<sup>1141</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. 12. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 445-464.

<sup>1142</sup> POPPER, Karl. CONDRY, John. **Televisão: um perigo para a democracia**. Tradução: Maria Carvalho. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 13.

Quem é soberana sobre a grade de programação?  
 Quem edita cada imagem ou fala para captar a atenção<sup>1143</sup>?  
 Quem confere às notícias pouquíssima visibilidade<sup>1144</sup>  
 quando entende, sozinha, que não há necessidade?

Em nome da audiência, a televisão pratica a censura com frequência<sup>1145</sup>!  
 A maior de todas as violências não é a censura,  
 mas, sim, uma nova espécie de ditadura,  
 a ditadura pela disputa da audiência  
 E, em meio a este cenário,  
 o ato de decisão judicial torna-se a grande vedete do noticiário.

Mas o ato de decisão judicial  
 é exposto em toda a sua complexidade pela televisão?  
 Não,  
 antes ele passa por um meticuloso processo de edição  
 Mas isso não seria manipulação?  
 Não,  
 é apenas uma forma sintética de divulgação  
 Nada que comprometa a informação,  
 mas algo muito importante para captar e prender a atenção

Mas não seria possível que houvesse alguma distorção  
 no momento de recortar e colar o ato de decisão?  
 Que é possível, isso não há como negar  
 Então, o que faz a televisão quando divulga o ato de decisão?  
 Informa? Educa? Ou prefere manipular?

A televisão informa o público ou se vale do lúdico?

<sup>1143</sup> BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão** – seguido de a influência do jornalismo e os jogos olímpicos. Tradução: Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 4-5.

<sup>1144</sup> *Ibidem*, p. 19-22.

<sup>1145</sup> A busca pela audiência é a maior de todas as censuras. Cf. MARCONDES FILHO, Ciro. **Televisão**. São Paulo: Editora Scipione, 1994, p. 32.

Utiliza-se de um texto poroso ou se preocupa em provocar o gozo<sup>1146</sup>?  
Tem como meta a cooperação ou se destina a obter uma refeudalização?

É dizer, quando a televisão explora como notícia o ato de decisão  
e pretende sobre ele interferir incitando a população,  
a sua real finalidade é propiciar um espaço público por todos compartilhado  
ou é fomentar que esse mesmo espaço seja fragmentado<sup>1147</sup>?

Eis a estratégia de maquiagem  
para divulgar o ato de decisão judicial em sua nova roupagem:  
uma estratégia que não se vale do texto,  
uma estratégia que abusa da imagem

A televisão utiliza-se do ato de decisão  
como uma possibilidade de diversão?

Sim

A televisão de hoje é a arena romana do passado  
Ao mesmo tempo em que diverte o consumidor, diante dela sentado,  
trata de anestesiá-lo para mantê-lo controlado

Para tanto, o ato de decisão judicial é uma fonte excelente  
Seja porque, através dele,  
a televisão utiliza-se da desgraça alheia de forma eloquente,  
seja porque, por meio dele,  
a televisão ministra em cada cidadão  
uma dose diária e sempre necessária de ilusão

Eis o que oferece a televisão,  
valendo-se do ato de decisão:

<sup>1146</sup> LACAN, Jacques. **Televisão**. Tradução: Antonio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 49-60.

<sup>1147</sup> “Entre os valores finais havia um que dominava todos os outros: ‘a felicidade’. Este valor surgia em quase 60% das seqüências publicitárias, ou seja, duas vezes mais, pelo menos, do que qualquer outro. ‘O reconhecimento pessoal’ vinha em segundo lugar. Os valores finais que preconizavam o egoísmo ou o egocentrismo (tais como a felicidade pessoal, uma vida interessante, o reconhecimento social) eram citados muito mais vezes do que valores altruístas como a igualdade e a amizade”. Cf. POPPER, Karl; CONDRY, John. **Televisão: um perigo para a democracia**. Tradução: Maria Carvalho. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 56.

uma janela de transferência<sup>1148</sup>,  
ou, por que não dizer, uma pílula de sobrevivência<sup>1149</sup>.

Mas para sobreviver a quê?  
Seria, por acaso, ao tedioso dia-a-dia que se quer esquecer?  
Seria aos problemas da vida cotidiana que não se quer perceber?  
Seria às dívidas que não foram honradas?  
Ou seria, por fim, à constatação de que a vida,  
no mundo de hoje, parece não valer nada?

Veja que o faz a televisão  
quando se utiliza do ato de decisão  
Cria no excluído uma prazerosa sensação  
E qual seria ela?  
A deliciosa sensação de inclusão

E como ela faz isso?  
Proporcionando ao excluído que se projete na celebridade  
e que, por um minuto,  
sinta-se incluído na sociedade.

Mas e se isso não for suficiente  
para conter um possível delinquente?  
Neste caso, a televisão confere ao fato visibilidade,  
não porque será objeto de um ato de decisão judicial,  
não porque queira tornar o *margin-al*<sup>1150</sup> uma celebridade,  
mas, sim, porque é uma boa fonte de lucratividade.

Afinal, na sociedade pós-moderna, o que importa não é a decisão

<sup>1148</sup> LACAN, Jacques. **Televisão**. Tradução: Antonio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 74-86.

<sup>1149</sup> CLARK, Grahame. **A identidade do homem**: uma exploração arquiológica. Tradução Álvaro Cabral. Revisão técnica: Roberto Lent. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985, p. 42-45.

<sup>1150</sup> Utilizou-se o hífen para enfatizar a origem epistemológica da palavra: antepositivo *margin(in)* + sufixo *al*. Com isto, pretende-se retirar qualquer conotação pejorativa do vocábulo e acentuar a intenção pretendida, qual seja, a de que “marginal” é apenas aquele que está à margem da sociedade.

ou qualquer outra ação,  
e, sim, quinze segundos na televisão<sup>1151</sup>.

Consegue-se perceber, agora, porque a televisão  
é um mecanismo de dominação?  
Consegue-se perceber porque não é mera demagogia  
afirmar que ela é aparelho privado de hegemonia<sup>1152</sup>?

Seria porque ela repete de forma constante<sup>1153</sup>  
o seu “entendimento” sobre o ato de decisão judicial?  
Seria para que este pensamento se torne dominante?  
Seria para que a massa seja levada a pensar:  
como tudo é “natural”<sup>1154</sup>!

A televisão, esse mundo de plasma,  
que ronda o ato de decisão judicial como um fantasma;  
essa deslumbrante caixa de imagens e sons,  
pretensamente destinada a apenas o que há de bom,  
não foi feita para ser um instrumento de educação em larga escala,  
antes aparenta ser um caleidoscópio de falas,  
não comprometido com um bom nível sócio-cultural,  
mas capacitado a interferir no ato de decisão judicial

Quanto mais numerosas as emissoras de televisão,  
mas difícil é encontrar profissionais com boa qualificação,  
mais acirrada torna-se a disputa pela atenção,  
e, para tentar vencer essa competição,  
mais apelos serão feitos durante a programação

<sup>1151</sup> BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão** – seguido de a influência do jornalismo e os jogos olímpicos. Tradução: Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p.3.

<sup>1152</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci**: um estudo sobre seu pensamento político. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, *passim*.

<sup>1153</sup> LACAN, Jacques. **Televisão**. Tradução: Antonio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 77-82.

<sup>1154</sup> “O advento dos meios de comunicação eletrônicos, sobretudo da televisão, transforma a mídia no “aparelho privado de hegemonia” mais eficaz na articulação hegemônica (e contra-hegemônica), vale dizer, na capacidade de construir/definir os limites do hegemônico (da realidade) dentro dos quais ocorre a disputa política”. Cf. LIMA, Venício A. de. **Mídia**: teoria e política. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001, p. 190-191.

Mas qual a consequência para o ato de decisão?

Como o magistrado também é um telespectador,  
Há sempre o risco de ele se deslumbrar com sua imagem no televisor,  
de ele assumir o papel de feitor,  
ou de ele não resistir a um possível clamor  
que o caso tenha provocado,  
porque foi tantas vezes pela televisão alardeado.

Na sociedade de hoje, onde há um crime, há uma imagem!  
Um celular posicionado, uma câmera escondida em meio à paisagem  
E, para que um delito e sua decisão saiam do noticiário, enfim, desapareçam,  
é sempre necessário que um outro escândalo aconteça.

Mas não são todos os casos objeto de um ato de decisão judicial  
que são selecionados como chamada de entrada do telejornal  
Isso porque a boa notícia não é aquela que tem um bom nível cultural,  
mas aquela em que o repórter busca seu reconhecimento profissional

O repórter encarna a toga do jurista e a batina do mensageiro da verdade,  
que nunca manipula o caso, nem mesmo em nome de sua própria vaidade  
Transforma-se, assim, em um mutante tecnicamente capacitado  
Sempre “neutro” e ideologicamente desinteressado,  
ou, por que não dizer, quase um alienado

A televisão, quando divulga o ato de decisão judicial,  
ou qualquer outro fato atraente que tenha um bom potencial,  
nunca publica imagens mudas, sem uma voz ao fundo,  
sempre se encarrega de guiar o entendimento de todo mundo

Por isso, as imagens estão sempre em *close*, em um ângulo fechado  
Não porque sejam necessárias à comunicação do ato de decisão divulgado,  
mas, sim, para que o telespectador apenas veja o que foi selecionado,  
sem que tenha a possibilidade de perceber o que não foi enquadrado

Diante deste contexto em que se encontra o ato de decisão judicial,  
e, mais ainda, o ato produzido por meio do processo penal,  
a televisão acaba antecipando a punição antes da sentença criminal  
Quem era presumivelmente inocente transforma-se em marginal  
Para onde foi o devido processo legal?

Os muros da prisão foram, pela televisão, ampliados  
Nos dias de hoje, não há quem não possa ser vigiado  
Quando um caso penal é, por diversas vezes, pela televisão, divulgado,  
de norte a sul do país, não há quem não conheça o rosto mostrado  
É preciso prender cautelarmente quem já está encarcerado?

Logo, percebe-se que a televisão estabelece um pseudodiálogo<sup>1155</sup>  
Nada que transforme o ato de decisão em uma marionete ou algo análogo  
Não se deve ofender o telespectador, o consumidor, o julgador  
Sempre se deve dar a impressão de que eles são o Senhor!

Desta maneira, então, a televisão encarrega-se, ao noticiar,  
de fazer com que o consumidor, e também o juiz, não precisem pensar,  
Afinal, há sempre o risco de o telespectador se cansar,  
e, com isso, mudar de canal ou a televisão desligar.

Por isso, consumidor, fique tranquilo, a televisão fará isso por você<sup>1156</sup>!  
A televisão inaugura, então, um sistema de adestramento coletivo?  
Não, a televisão só quer lhe “poupar desta árdua tarefa, que é entender”<sup>1157</sup>  
Não existe nenhum trabalho de edição de caráter manipulativo...

A televisão seria, então, o modelo do panóptico<sup>1158</sup> reformulado?

<sup>1155</sup> Comunicação instantânea por meio de ideias recebidas não é comunicação, pois o receptor da mensagem não pensa sobre essa, mas a repete.

<sup>1156</sup> MARCONDES FILHO, Ciro. **Televisão**. São Paulo: Editora Scipione, 1994, p. 81-83.

<sup>1157</sup> POPPER, Karl; CONDRY, John. **Televisão: um perigo para a democracia**. Tradução: Maria Carvalho. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 78-79.

<sup>1158</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 77-79.

Não! Ela não tem a intenção de controlar o ato do magistrado,  
nem de conduzir os passos de cada cidadão diante dela sentado  
Ela apenas quer o melhor para o seu público assíduo por ela informado.

A televisão devassa as intimidades, não deixa espaço para a imaginação,  
não viabiliza ao seu consumidor uma real participação,  
não noticia toda a complexidade que envolve o ato de decisão,  
mas não para de falar<sup>1159</sup>, de repetir, de induzir<sup>1160</sup> a sua intenção<sup>1161</sup>.

Como é possível democracia em meio a tanta verbosidade<sup>1162</sup>?  
Como é possível ao ato de decisão não sofrer qualquer interferência  
neste cenário sintomatológico e esquizofrênico de insistência<sup>1163</sup>?  
É preciso parar com uma péssima mania,  
a de acreditar em tudo que é exibido na televisão todos os dias.

Vê-se, então, o sucesso retumbante<sup>1164</sup> de uma perigosa combinação:  
televisão, audiência, sistema punitivo, delinquência e o ato de decisão  
O que resulta disso não é apoio, inclusão, ou (res)socialização,  
mas, sim, rótulo, etiqueta e um reforço no estigma da exclusão<sup>1165</sup>.

Mas a televisão, a rigor, não fala do outro ou do ato de decisão judicial

<sup>1159</sup> LACAN, Jacques. **Televisão**. Tradução: Antonio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993, p. 29-30.

<sup>1160</sup> “[...] no decurso de dois dias de programação televisiva referenciamos 149 mensagens relacionadas com drogas. Nesse total havia 121 mensagens favoráveis (81,2%) e 22 desfavoráveis (14,8%), sendo 6 ambíguas. Em suma, para cada mensagem desfavorável havia seis mensagens favoráveis e, para certas drogas, a proporção era ainda mais forte: no que toca ao álcool, por exemplo, havia dez mensagens favoráveis por cada mensagem desfavorável”. (POPPER, Karl; CONDRY, John. **Televisão: um perigo para a democracia**. Tradução: Maria Carvalho. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 51). Ou seja, para cada mensagem que diz “recuse as drogas”, seis afirmam “se não se sente bem, tome qualquer coisa, que melhora”. Cf. POPPER; CONDRY, *Op. cit.*, 2007, p. 52.

<sup>1161</sup> MARCONDES FILHO, Ciro. **Televisão**. São Paulo: Editora Scipione, 1994, p. 84.

<sup>1162</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>1163</sup> “É consensual em todas as grandes teorias psicanalíticas da loucura, principalmente a escola norte-americana de Gregory Bateson, a escola francesa de Jacques Lacan e a alemã de Alfred Lorenzer, que o detonador de todos esses processos é o próprio *processo da comunicação*. No momento em que as pessoas têm acesso à linguagem, ocorre a criação de condições para que, mais tarde, segundo estímulos maiores ou menores do ambiente, cresçam sem problemas ou tornem-se patologicamente prejudicadas. A comunicação social em grande escala, para massas imensas de audiência, é apenas um amplificador fantástico de loucuras engendradas em cenas muito mais remotas”. Cf. MARCONDES FILHO, *Op. cit.*, 1994, p. 85.

<sup>1164</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas** – a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 45-70.

<sup>1165</sup> DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. *passim*.

Ela fala de si para si, valendo-se de uma linguagem autorreferencial  
 Desta forma, a televisão cria uma realidade mais real do que a real,  
 um simulacro, uma fantasia, um teatro de fantoches, um anestésico ideal.

A televisão transforma-se, então, no relógio da sociedade pós-moderna<sup>1166</sup>  
 Os eventos têm seus horários por ela marcados  
 Diante de todas as câmeras e para todos os *flashes* que serão disparados,  
 uma “autoridade” coloca um par de algemas<sup>1167</sup> no suposto acusado.

Seria a televisão um instrumento aperfeiçoado da barbárie moderna<sup>1168?</sup>  
 Algum dia existiu uma sociedade humana igual, livre e fraterna?  
 E onde fica o ato de decisão diante desta deformadora da realidade<sup>1169?</sup>  
 Diante das novas tecnologias, surgem agora mil e uma possibilidades<sup>1170</sup>.

Portanto, não é possível falar de uma televisão realmente interativa  
 Onde cada cidadão tenha, de fato, uma real possibilidade participativa  
 A interatividade é uma aparência, um discurso, mas não uma “realidade”  
 Não se pode eleger a TV como o espelho da sociedade<sup>1171</sup>.

Enquanto o ato de decisão judicial  
 vale-se do texto, do caso, do individual,  
 a televisão explode em cores para captar a visão<sup>1172</sup>,  
 e abusa dos sons para seduzir a sua audição<sup>1173</sup>.

<sup>1166</sup> MARCONDES FILHO, Ciro. **Televisão**. São Paulo: Editora Scipione, 1994, p. 74-76.

<sup>1167</sup> Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal (STF): “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. Disponível em: <  
[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE\\_11.11.2008.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf) >. Acesso em:  
 14 maio 2009.

<sup>1168</sup> POPPER, Karl; CONDRY, John. **Televisão: um perigo para a democracia**. Tradução: Maria Carvalho. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2007, p. 72.

<sup>1169</sup> O telejornal não tem razão “para ter qualquer conta com a realidade. Se a deformação da realidade permite captar a atenção dos telespectadores, não há que hesitar”. Cf. POPPER; CONDRY, *Op. cit.*, 2007, p. 46.

<sup>1170</sup> MARCONDES FILHO, *Op. cit.*, 1994, p. 23.

<sup>1171</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>1172</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>1173</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

As câmeras de hoje são o que, ontem, foram as fogueiras da inquisição  
Queimam-se muitos inocentes à custa de alguns culpados  
O que dizer do interrogatório diante das câmeras feito pelo magistrado?  
O que dizer do juiz que decreta uma ordem preventiva de prisão  
em nome da ordem pública<sup>1174</sup>, do clamor gerado pelo televisão?

---

<sup>1174</sup> Expressão ambígua que veicula o arbítrio estatal sob o manto de uma suposta discricionariedade. Discricionariedade sempre pressupõe legalidade. Expressão vazia destituída de caráter cautelar e serviente a uma ideologia de antecipação da pena, submissa a uma compreensão preventiva da prisão provisória.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma teoria da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito** – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **O problema da legitimidade** – no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1989.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica** – A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira: Cláudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Napoleão Mendes de. **Gramática Latina**. 14. ed. São Paulo: Edição Saraiva, 1974.

ALTUSSER, Louis. Aparelhos ideológicos do Estado. Tradução: Maria Laura Viveiro de Castro. *In: Posições 2*. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 38-42.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Tradução: Ester Kosowski, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

APEL, Karl-Otto. *El desafío de la crítica total a la razón y el programa de una teoría filosófica de los tipos de racionalidad*. *Annales de la Catedra Francisco Suarez*, n. 29, 1989.

\_\_\_\_\_. **Transformação da Filosofia I: Filosofia, Analítica, Semiótica, Hermenêutica**. Tradução: Paulo Astor Soethe (UFPR). São Paulo: Editora Loyola, 2000.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

\_\_\_\_\_. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

\_\_\_\_\_. **Retórica**. Tradução: Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007.

\_\_\_\_\_. **Tópicos** - dos argumentos sofísticos. Tradução: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **A publicidade no processo penal e a democracia capitalista: um binômio problemático!** Disponível em: < <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/350136/> >. Acesso em: 29 jan. 2009.

\_\_\_\_\_. O Amor como fundamento legitimador do Direito. **Revista Forense**, v. 383. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 489-495.

\_\_\_\_\_. **O método fenomenológico proposto por Edmund Husserl e o caso Escola Base.** (No prelo).

\_\_\_\_\_; VILLAS BÔAS, Marcos de. Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 74. São Paulo: RT, 2008, p. 230-280.

BACON, Francis. **Novum Organum ou Verdadeiras Indicações Acerca da Interpretação da Natureza.** Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença.** 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BALKIN, Jack M. **Deconstruction.** Disponível em: < <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/deconessay.pdf> >. Acesso em: 17 jan. 2009.

\_\_\_\_\_. **Desconstrução.** Tradução: Guadalupe Feitosa Alexandrino Ferreira do Nascimento. Consultor: Hagen Heydrich Kennedy. (No prelo).

BALLWEG, Otmar. Retórica analítica e direito. **Revista Brasileira de Filosofia**, n.163, fasc. XXXIX. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, 1991, p. 175-184.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal - Introdução à Sociologia do Direito Penal.** Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

BARRETO, Tobias. **Introdução do Estudo do Direito – Política Brasileira.** São Paulo: Landy Editora, 2001.

BARTHES, Roland. **Elementos de semiologia.** Tradução: Izidoro Blikstein. São Paulo: Editora Cultrix, 2007.

\_\_\_\_\_. **Mitologias.** Tradução: Rita Buongiorno e Pedro de Souza. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

\_\_\_\_\_. **O óbvio e o obtuso: ensaios críticos III.** Tradução de Lea Novaes. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro. O abuso do poder econômico e o projeto de lei nº 3.712. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/SP**, São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 13-22.

BAUDELAIRE, Charles. **As flores do mal**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007.

\_\_\_\_\_. **Simulacros e Simulação**. Tradução: Maria João Pereira. Lisboa: Relógio D'água, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998..

BENJAMIN, Walter. A Tarefa do Tradutor. **Cadernos do Mestrado\Literatura**. 2. ed. Rev. e aum. Traduzido por um grupo de alunos de pós-graduação em Literatura Brasileira do Instituto de Letras da UERJ, e revisto por Johannes Kretschmer Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 1994.

\_\_\_\_\_. **Para una Critica de la violencia**. Traducción e prologo: Hebe Clementi. Buenos Aires: Leviatán, 1995.

BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os princípios na teoria do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. Tradução: Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da pesquisa**: monografia, dissertação e tese. São Paulo: Atlas, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. 12. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **A produção da crença**: contribuição para uma economia dos bens simbólicos. 3. ed. Tradução: Guilherme João de Freitas Teixeira. Porto Alegre: Zouck, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Poder Simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

\_\_\_\_\_. **Sobre a televisão** – seguido de a influência do jornalismo e os jogos olímpicos. Tradução: Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

\_\_\_\_\_ & PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução**: elementos para uma teoria do sistema de ensino. Tradução: Reynaldo Bairão. Revisão de Pedro Benjamin Garcia e Ana Maria Baeta. Petrópolis - RJ: Vozes, 2008.

BOUVERESSE, Jacques. **O futuro da filosofia** – o filósofo entre os autófalos. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco. Rivista di Diritto Processuale*, v. V, parte I. Padova: Cedam, 1950, p. 23-51.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

CARNELUTTI, Francesco. **Arte do Direito**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Editora Bookseller, 2003.

\_\_\_\_\_. **Arte do Direito**. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. Campinas: Editora Bookseller, 2003.

\_\_\_\_\_. “Verità, dubbio e certezza”. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XX (II serie). Roma: 1965.

CEGALLA, Domingos Paschoal. **Novíssima gramática da língua portuguesa**. 40. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1997.

CERQUEIRA, Nelson. **Hermenêutica & Literatura**. Tradução: Yvenio Azevedo. Bahia: Ediora Cara, 2003.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **O que é ideologia**. 22. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

CÍCERO, Marco Túlio. **Retórica a Herênio**. Tradução: Adriana Seabra e Ana Paula Celestino Faria. São Paulo: Hedra, 2005.

CLARK, Grahame. **A identidade do homem: uma exploração arquiológica**. Tradução Álvaro Cabral. Revisão técnica: Roberto Lent. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

CORDERO, Franco. *Guia alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

\_\_\_\_\_. **Procedimiento Penal**. Tomo II. Tradução: Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Editora Juruá, 1989.

\_\_\_\_\_. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei: ainda! *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMAS, Martonio Mont’Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225-232.

\_\_\_\_\_. Glosas ao “Verdade, Dúvida E Certeza”, de Francesco Carnelutti, Para os operadores do Direito. In: CARVALHO, Salo *et al.* **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos** (2001/2002). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-49.

CULLER, Jonathan. Em defesa da superinterpretação. In: ECO, Umberto. **Interpretação e Superinterpretação**. Tradução: MF. Revisão da tradução e texto final Mônica Stanhel. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano**. Tradução: Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia da Letras, 1996.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo** – comentários sobre a sociedade do espetáculo. 4. ed. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DE MAN, Paul. **Alegorias da Leitura: linguagem figurativa em Rousseau, Nietzsche, Rilke e Proust**. Tradução: Lenita R. Esteves. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

\_\_\_\_\_. “*Rhetoric as jurisprudence: An introduction to the politics of legal language*”. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 4. Oxford University Press: 1984, p. 88-122.

DERRIDA, Jacques. **A escritura e a diferença**. Tradução: Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **A farmácia de Platão**. Tradução: Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 1997.

\_\_\_\_\_. **Força de Lei: O “Fundamento místico da autoridade”**. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Gramatologia**. Tradução: Miriam Chnaidermann e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2006.

\_\_\_\_\_. História da Mentira: prolegômenos. Tradução: Jean Briant. In: **Estudos Avançados**, v. 10, n. 27. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996, p. 18. Conferência proferida por Jacques Derrida no auditório do Museu de Arte de São Paulo (MASP) em 4 dez. 1995.

\_\_\_\_\_. **Margens da Filosofia**. Tradução: Joaquim Torres Costa e António M. Magalhães. Campinas: Papyrus, 1991.

\_\_\_\_\_. **O animal que logo sou**. Tradução: Fábio Landa. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação**: crítica à ideologia da exclusão. Tradução: Georges I. Massiat. São Paulo: Paulus, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Jéferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECO, Umberto. **Kant e o ornitorrinco**. Tradução: Ana Thereza Vieira. Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 1998.

EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo**. Tradução: H. P. de Andrade. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1981.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. v. I. 6. ed. Porto Alegre: Globo, 1984.

FARIA, José Eduardo. **A crise constitucional e a restauração da legitimidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno** – nascimento e crise do Estado Nacional. Tradução: Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. Revisão da Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade e a Justiça**. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: RT, 1980.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FEYERABEND, Paul. *Tratado contra el método*. Disponível em: <[http://www.inicia.es/de/diego\\_reina/filosofia/fil\\_ciencia/feyerabeend\\_metodo.htm](http://www.inicia.es/de/diego_reina/filosofia/fil_ciencia/feyerabeend_metodo.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2003.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e suas formas jurídicas**. 3. ed. 2. reimp. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Supervisão final do texto: Léa Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. **Estratégia, poder-saber**. Organização e seleção de textos: Manoel Barros Motta. Tradução: Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Tradução: Raquel Ramallete. 16. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1997.

FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. London: Stevens & Sons, 1949.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1982.

FREUD, Sigmund. **O Ego e o Id (1923)** v. XIX. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: IMAGO, 1974a.

\_\_\_\_\_. **O Futuro de uma Ilusão (1927) / O Mal-Estar na Civilização (1930[1929])** v. XXI. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud v. XXI. Rio de Janeiro. IMAGO, 1974b.

\_\_\_\_\_. **Totem e Tabu - Alguns Pontos de Concordância entre a Vida Mental dos Selvagens e dos Neuróticos (1913[1912-13])** v. XIII. Tradução: Órizon Carneiro Muniz. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: IMAGO, 1974c.

FROMM, Erich. **Conceito marxista do homem**. Tradução: Octavio Alves Velho. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 7. ed. Petrópolis: Vozes – Universidade São Francisco, 2005.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2006.

GOLDSCHIMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. Barcelona: EJEA, 1936.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955.

\_\_\_\_\_. **Marx e Kelsen**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1959.

GRAMSCI, Antônio. **Escritos Políticos**, v. 1. Organização e Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

\_\_\_\_\_. **Os intelectuais e a organização da cultura**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. v. I, 2. Ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Verdade e justificação** – ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HARTMANN, Nicolai. **A filosofia do idealismo alemão**. Tradução: José Gonçalves Belo. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Organização e revisão Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos. Tradução: Adriana Beckamn Meireles *et al.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

\_\_\_\_\_. **História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra** seguido de **A Segurança Pública no Estado de Direito**. Lisboa: Associação acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

\_\_\_\_\_. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. Sistema jurídico e codificação: A vinculação do juiz à lei. *In: Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel e Manuel Secca de Oliveira. Revisão científica e coordenação: António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Heráclito: a origem do pensamento ocidental**. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Preparação: Ari Roitman. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1998.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2008.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little Brown, 1938.

HUSSERL, Edmund. *Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura*. Tradução: Márcio Suzuki. Aparecida: Idéias & Letras, 2006.

JACKSON, Bernard. *Logic and semiotics: ontology or linguistic structure?* In: *International Journal for the Semiotics of Law*, v. XI, n. 33, 1999, p. 323.

\_\_\_\_\_. Truth or Proof? *The criminal verdict*. *International Journal for the Semiotics of Law*, v. XI, n. 33, 1998, p. 261.

JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. Rio de Janeiro: Imago, 1981.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KANTOROWICZ, Hermann. *La definición del Derecho*. Madri: Revista do Ocidente, 1964.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002a.

\_\_\_\_\_. Filosofia do Direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002b.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Tradução: Sérgio Tellaroli. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das normas**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas Samuel. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.

KURZ, Robert. Um sonho de liberdade. Tradução: Luiz Repa. Jornal: **Folha de São Paulo**. Coluna: + autores. Caderno mais!. Exemplar do dia 16 jan. 2005, p. 8.

LACAN, Jacques. **O mito individual do neurótico**. Tradução: Brigitte Cardoso e Cunha, Fernanda Bernardo, Margarida Medeiros e Tito Cardoso e Cunha. 2. ed. Lisboa: Editora Assírio & Alvim, 1987.

\_\_\_\_\_. **O seminário, livro 4**: a relação de objeto. Tradução: Dulce Duque Estrada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. **O seminário, livro 8**: a transferência. Texto estabelecido por Jacques Alain-Miller. Tradução: Dulce Duque Estrada. Revisão do texto: Romildo do Rego Barros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1992.

\_\_\_\_\_. **Televisão**. Tradução: Antonio Quinet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

LAFER, Celso. Prefácio a FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade** – uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978.

LIMA, Luciano Rodrigues. **Desconstruindo a lingüística estruturalista**: o castelo de Saussure sitiado pelo pensamento de Derrida. Disponível em: <<http://www.uneb.br/lucianolima/artigos/desconstruindoalinguisticaestruturalista.doc>>. Acesso em: 10 fev. 2009.

LIMA, Roberto Kant de. Por uma antropologia do direito no Brasil. In: FALCÃO, J. (Org.). **Pesquisa Científica e Direito**. Recife: Editora Massangana, p. 89-116.

LIMA, Venício A. de. **Mídia**: teoria e política. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

LLEWELLYN, Karl. *Some Realism about Realism*. **Harvard Law Review**, n. 44, Cambridge: Cambridge University Press, 1931, p. 1222.

LOPES JR., Aury Celso Lima. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 4. ed. Tradução: Anabela Carvalho. Lisboa: Vega Limitada Passagens, 2006.

\_\_\_\_\_. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

\_\_\_\_\_. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Unb, 1980.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito II**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

\_\_\_\_\_. *The unity of the legal system*. In: TEUBNER, Gunther (ed.). ***Autopoietic law: a new approach to law and society***. Berlin-NewYork: Walter de Gruyter, 1988, p. 12-35.

\_\_\_\_\_ & DE GIORGI, Raffaele. ***Teoria della società***. Millano: Franco Angeli, 1995.

LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. Tradução: Wilmar do Valle Barbosa. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução: Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO NETO, A. L. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MACINTYRE, Alasdair. ***Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues***. Illinois: Open Court, 1999.

MARCONDES FILHO, Ciro. **Televisão**. São Paulo: Editora Scipione, 1994.

MARCUSE, Herbert. **Ideologia da Sociedade Industrial**. 3. ed. Tradução: Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.

MARQUES, Allana Campos. A relação jurídica processual como retórica: uma crítica a partir de James Goldschmidt. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 171-189.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O processo kafkiano. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Direito e Psicanálise – Intersecções a partir de “O Processo” de Kafka**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 101-132.

MARX, Karl. **Manuscritos Econômico-Filosóficos**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

\_\_\_\_\_ & ENGELS, Friedrich. **Ideologia Alemã**. Tradução: Rubens Enderle, Nélio Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

MATURANA, Humberto & VARELA, Francisco J. ***Autopoiesis and cognition – the realization of the living***. Dordrecht: D. Reidel, 1972.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade orfã. Tradução: Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes de Albuquerque. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, n. 11. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2000, p. 125-156.

MINISTRO Paulo Medina sofre nova denúncia. Disponível em: < <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL59731-5601,00.html> >. Acesso em: 03 mar. 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MONOD, Jacques. **O acaso e a necessidade**. Tradução: Bruno Palma e Pedro Paulo de Sena Madureira. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1971.

MORAL GARCIA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús Maria. **Publicidad y Secreto en el Proceso Penal**. Granada: Comares, 1996.

MORIN, Edgar. **Breve Historia de la Barbárie em Ocidente**. Buenos Aires: Paidós, 2007.

\_\_\_\_\_. **Cultura e Barbárie Européias**. Lisboa: Instituto Piaget, 2007.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MÜLLER, Friedrich. Globalização, exclusão social e democracia. **Anais**. Salvador, 11-15 nov. 2002. v. I. Brasília: 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, António Castanheira. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia** – tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: para além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos** - Ou como filosofar com o martelo. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

\_\_\_\_\_. **Da retórica**. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. Lisboa: Vega, 1995.

\_\_\_\_\_. **Ecce homo**: como se vem a ser o que se é. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70.

\_\_\_\_\_. **Humano, demasiado humano**. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 33.

\_\_\_\_\_. **Moral como Antinatureza**. Tradução: André Dísposre Cancian. Disponível em: <[http://ateus.net/ebooks/acervo/moral\\_como\\_antinatureza.pdf](http://ateus.net/ebooks/acervo/moral_como_antinatureza.pdf)>. Acesso em: 17 dez. 2008.

\_\_\_\_\_. **Para além do bem e do mal.** Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito.** Tradução: Ivone Castilho Bendetti. Revisão técnica: Ari Sólon. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Diálogo Jurídico.** Ano I. v. I, n. 1. Salvador, p. 9. Disponível em: <  
<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMON-PASSOS.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2009.

PASUKANIS, Eugeni Bulygin. **Teoría general Del derecho y marxismo.** Tradução: Virgílio Zapatero. Barcelona: Labor, 1976.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica.** Tradução: João Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas.** Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação – A Nova Retórica.** Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERRAULT, Gilles (Org.). **O livro negro do capitalismo.** Tradução: Ana Maria Duarte. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

PLATÃO. **Fedro.** Tradução: José Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997.

\_\_\_\_\_. **O Banquete.** Tradução: J. Cavalcante de Souza. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

\_\_\_\_\_. *Parmenides.* In: *The dialogues of Plato*, translated by JOWETT, Benjamin, Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 6, p. 486-511.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais.** Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

\_\_\_\_\_.; CONDRY, John. **Televisão: um perigo para a democracia.** Tradução: Maria Carvalho. 3. ed. Lisboa: Gradiva, 2007.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PRADO, Lúcia Reis Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. Campinas: Millenium, 2003.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas. Tempo, caos e leis da natureza**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 1996.

QUEIROZ, Paulo de. **Direito penal** – parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução: Marlene Holzhausen. Revisão técnica: Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Tradução: Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1977.

RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Tradução: Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

RORTY, Richard. A trajetória pragmatista. *In*: ECO, Umberto. **Interpretação e superinterpretação**. Tradução: Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Contingência, ironia e solidariedade**. Tradução: Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Verdade e progresso**. Tradução: Denise R. Sales. Revisão científica: Marco Casanova. Barueri - SP: Manole, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **Ato infracional: ação pena pública condicionada e privada: de quem é a legitimidade?** Disponível em: <  
[http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/ato\\_infracional\\_alexandre\\_\\_rosa.pdf](http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/ato_infracional_alexandre__rosa.pdf) >.  
Acesso em: 11 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução: Edson Bini. Revisão técnica: Alysson Leandro Mascaro. Bauru- SP: EDIPRO, 2003.

RUDGE, Ana Maria. **Pulsão e linguagem: esboço de uma concepção psicanalítica do ato**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998.

RUSSELL, Bertrand. **Aparência e realidade**. Tradução: Álvaro Nunes. Disponível em: < [http://ateus.net/ebooks/acervo/aparencia\\_e\\_realidade.pdf](http://ateus.net/ebooks/acervo/aparencia_e_realidade.pdf) >. Acesso em: 21 abr. 2009.

\_\_\_\_\_. *History of Western Philosophy – and its connection with political and social circumstances from the earliest times to the present day*. London: Routledge, 1993.

SAAVEDRA, Modesto. “*Opinión pública libre*” – *medios de comunicación social en la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional Español*. Disponível em: < [http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14\\_09.pdf](http://www.luisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_09.pdf) >. Acesso em: 21 abr. 2009.

SALDANHA, Nelson. **Da teologia à metodologia - secularização e crise nopensamento jurídico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

\_\_\_\_\_. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

\_\_\_\_\_. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

\_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SARTRE, Jean-Paul. **Freud, Além da alma**. Tradução: Jorge Laclette. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

\_\_\_\_\_. **O Ser e o Nada**. Tradução: Paulo Perdigão. Petrópolis, Editora Vozes, 1997.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Tradução: Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 30. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1998.

SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. *In*: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried. (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca d Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, 513-546.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

SIMMEL, Georg. **Filosofia do Amor**. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**, n. 7. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. Recife: Editora UFPE, 1996, p. 251-273.

SOKAL, Alan & BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais** – o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos. Tradução: Max Altman. Rio de Janeiro – São Paulo: Record, 1999.

SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito**: uma alternativa de modernidade. Porto Alegre: Fabris, 1992.

SOUZA, Rafael Bellan Rodrigues de. **Gramsci e a Comunicação**: a mídia como aparelho privado de hegemonia. Disponível em: <[http://www.faac.unesp.br/eventos/jornada2005/trabalhos/26\\_rafael\\_bellan.htm](http://www.faac.unesp.br/eventos/jornada2005/trabalhos/26_rafael_bellan.htm)>. Acesso em: 03 jul. 2008.

SOUZA JR., José Geraldo. Um direito achado na rua: o direito de morar. *In*: **O direito achado na rua**. 3. ed. Brasília: UnB, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TUFANO, Douglas. Guia Prático da Nova Ortografia: saiba o que mudou na ortografia brasileira. Disponível em: <[http://www.livrariamelhoramentos.com.br/Guia\\_Reforma\\_Ortografica\\_Melhoramentos.pdf](http://www.livrariamelhoramentos.com.br/Guia_Reforma_Ortografica_Melhoramentos.pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2009.

VIEHWEG, Theodor. *Ideología y dogmática jurídica*. *In*: PUCCIARELLI, Eugenio (Org.). **Escritos de Filosofia – Ideologia**. v. 2, año 1. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciências, julio/diciembre, 1978, p. 97-106.

\_\_\_\_\_. **Tópica e Jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. Tradução: Kelly Alfen da Silva. Porto Alegre: Safe, 2008.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**, v. I. São Paulo: Axis Mundi, 2003.

VOLTAIRE, François-Marie Arouet. **Tratado sobre a tolerância**. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

\_\_\_\_\_. **Introdução Geral ao Direito III**. O Direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet Helmick; JACKSON, Don D. **Pragmática da comunicação humana**: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. São Paulo: Cultrix, 1973..

WEBER, Max. **Economia e Sociedade** – Fundamentos da sociologia compreensiva. v. I. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília-DF: Editora Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999a.

\_\_\_\_\_. **Economia e Sociedade** – Fundamentos da sociologia compreensiva. v. II. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília-DF: Editora Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999b.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico Filosófico – Investigações Filosóficas**. 3. ed. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas** – a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Coordenação José Joaquim Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZOHAR, Dannah. **O ser quântico**. Tradução: M. A. Van Acker. São Paulo: Editora Beste Seller, 1990.