

ROSEMIRO PEREIRA LEAL

Teoria processual da DECISÃO JURÍDICA



Teoria processual da
DECISÃO JURÍDICA

ROSEMIRO PEREIRA LEAL

Teoria processual da DECISÃO JURÍDICA

3ª edição



Copyright © 2016, D'Plácido Editora.
Copyright © 2016, Rosemiro Pereira Leal.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Tales Leon de Marco

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva
Enzo Zaquieu Prates

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

LEAL, Rosemiro Pereira

Teoria processual da decisão jurídica -- 3 ed. -- Belo Horizonte:
Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-617-4

1. Direito 2. Teoria do Direito I. Título II. Direito

CDU340

CDD 340

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



Ao saudoso amigo, jurista e constitucionalista Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho, de quem sempre recebi palavras de estímulo, e aos doutores e professores André Cordeiro Leal, Luiz Moreira e Alberico Alves da Silva Filho, que me deram o privilégio de sua contributiva atenção na leitura de trechos desta obra, o sincero e renovado agradecimento e amizade do Autor.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DO AUTOR.....	11
CAPÍTULO I	
RETROSPECTO DO VOLUNTARISMO DECISÓRIO.....	15
1.1. Considerações introdutórias.....	15
1.2. Decisão e julgamento.....	21
1.3. Decisão e poder na transição da modernidade	24
1.4. Ideologização da Teoria da Decisão.....	30
1.5. A dogmática da proibição do non-liquet (a lacuna da lei).....	32
1.6. Decisão e métodos.....	34
CAPÍTULO II	
O ARCAÍSMO DA COMPULSORIEDADE DECISÓRIA	53
2.1. O fetiche da missão social da decisão.....	53
2.2. Ciência do direito e a decisibilidade na democracia.....	56
2.3. Recusa de decidir e democracia.....	60
2.4. Vontade decisória e processo.....	65
2.5. Decisão justa e teorias de justiça.....	68

CAPÍTULO III	
SISTEMATIZAÇÃO VOLUNTARISTA DA ETICIDADE ARCAICA.....	73
3.1. O artifício da paz social sistêmica pelas decisões.....	73
3.2. Poder de decisão e legitimidade decisória.....	76
3.3. A obsoleta fala prescritiva e guardiã da decisão.....	82
3.4. A processualidade legitimante das decisões.....	87
3.5. A decisão autocrática pelo senso comum de Justiça.....	90

CAPÍTULO IV	
A DISTORÇÃO TEÓRICA DA DISCURSIVIDADE NÃO PROCESSUALIZADA.....	101
4.1. A ideologia sentencial e a teoria discursiva das decisões.....	101
4.2. Efetividade do processo e decisão.....	109
4.3. Decisão fundamentada e estado democrático.....	111
4.4. Hermenêutica decisional na teoria discursiva.....	116
4.5. Decisão como espaço discursivo-conclusivo processualizado.....	122

CAPÍTULO V	
A DISTINÇÃO TEÓRICA DA DISCURSIVIDADE NÃO PROCESSUALIZADA.....	127
5.1. Limites originadores e autorizativos da decisão.....	127

5.2. Processualidade decisória pela cidadania.....	129
5.3. A racionalização da utopia da decisão Justa.....	132
5.4. Reduccionismo decisório e discursividade judicante.....	135

CAPÍTULO VI

VISÃO NEOINSTITUCIONALISTA DA DECISIBILIDADE.....	137
6.1. Teoria do processo e direito democrático.....	137
6.2. A precariedade do conceito modelar de processo.....	146
6.3. Procedimentalidade democrática e princípio do discurso.....	149
6.4. O processo como referente de integração do público e privado.....	154
6.5. Democracia e instituição.....	158
6.6. Espacialidade procedimental e estado democrático.....	162
 BIBLIOGRAFIA.....	 173

Apresentação do autor

Este trabalho, que se reveste de conotações ensaísticas, cuida do instituto jurídico da *decisão*, que recebe no paradigma do Estado Democrático de Direito significância diferenciada da conceituação encontrada nos padrões teóricos da dogmática analítica comprometida com as escolas que orientavam o pensamento jurídico até a eclosão do movimento constitucionalista dos fins dos anos 70 do séc. XX aos nossos dias. Já não é mais possível trabalhar a teoria do processo na trilogia substancializada da ação, jurisdição e processo, acolhida pelas legislações infraconstitucionais, como a do Brasil, que têm assento na *escola instrumentalista* ou da relação jurídica entre pessoas, que merecidamente destacou os discípulos de Chiovenda e Liebman no ensino do Direito Processual. Entretanto, a dissipação dos estoques da eticidade com radicalização das diferenças marcantes da modernidade exigiu a conjectura de novo paradigma esclarecido por uma teoria constitucional do direito em bases de processualidade discursiva dos conteúdos de validade e legitimidade das *decisões* tomadas a partir de um *status* democrático a ser considerado como espaço de testabilidade incessante das pretensões de certeza (coerção) institutiva da normatividade (ordenamento jurídico).

Nessa cogitação de validade do direito na democracia, o controle de constitucionalidade não mais se satisfaria pela instauração de procedimentos que se fizessem em nichos

exclusivos da estatalidade funcionalizada (burocratizada) ou de corporações, associações, sindicatos ou órgãos variados, com exclusão do *direito-de-ação coextenso ao procedimento* e ao processo aberto a cada qual do povo como lugar de exercício de uma soberania discursivamente cidadanizada que é a única procedência legitimante do direito. Como a *decisão*, na teoria da democracia, não é soberana pelas bases da vontade das maiorias ou de um Estado poderoso, mas a partir de uma escritura prévia de direitos processualmente teorizados, o *decidir* não mais pode escorrer do cérebro de um julgador privilegiado que guardasse um sentir sábio por juízos de justiça e segurança que só ele pudesse, com seus pares, aferir, induzir, ou deduzir, transmitir e aplicar. Essa súplica a um espaço discursivo que afastasse *decisões* no âmbito arcaico da tradição e autoridade e ao mesmo tempo desmitificasse um *devir* utópico por um anseio de paz sistêmica de felicidade temporalizada por uma história estatal inefável e promissora é que nos motivou a ensaiar uma *teoria processual da decisão* como lugar de construtividade normativa desligado da razão instrumental das metodologias contempladoras de hermenêuticas de justificação ou compreensão do saber do intérprete e não da proposição temática do paradigma de um *status* (espaço) democrático processualmente coinstitucionalizado.

Buscou-se enfatizar, portanto, os rumos de uma *hermenêutica constitucional* (interpretação teoricamente demarcada) que decidisse a execução dos direitos fundamentais já soberanamente pré-julgados em nível coinstituinte de tal modo a ensejar uma fiscalidade procedimental por todos os destinatários da normatividade vigente a legitimar o direito produzido que se oferece também ao controle do *devido processo coinstitucional*. A *decisão* obtida no espaço da procedimentalidade aberta a todos com instalação de juízo discursivo na testificação de resistência (efetividade) do ordenamento jurídico estanca a suposição trivial de que o

decidir na democracia é um ato conseqüente de uma consciência judicante centrada no mundo tradicionalizado por uma moral e ética ínsitas a um escatalógico gregarismo dos agrupamentos humanos. Nesse ponto, a teoria do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari) é que nos habilitou saltar de uma subjetividade apofântica milenar para uma concepção processual expressa numa *relação espaço-temporal internormativa* como estruturante jurídica do agir em simétrica paridade e instaladora do juízo discursivo preparatório do provimento (*decisão*).

A esse mister, confrontam-se a teoria discursiva das *decisões*, que marca a passagem para a pós-modernidade da constitucionalidade democrática, e as arcaicas ideologias da sentença proferida em fundamentos de metodologias estratégicas (Carlos Maximiliano e seus seguidores) do Estado Liberal clássico e do Estado Social de Direito. Questionou-se a cidadania e suas bases de aquisição de efetividade juridificante pela utopia das *mobilizações sociais* salvacionistas e exteriores ao espaço da procedimentalidade (processualidade) criativa e reconstrutiva do direito democrático incentivadas por uma ideologia jurisprudencial culturalmente (topicamente) recalçada e alimentadora de expectativas em ideais de justiça pelo fetiche da personificação portentosa das lideranças e poderes das Sociedades Políticas. Também foi estudada a *decisão* como obsoleta fala prescritiva quando se apresenta guardiã, depositária ou tutora, por Tribunais Altíssimos, do silêncio a ser preservado quanto a direitos-garantias que somente são audíveis e assegurados pela escuta privilegiada do decisor onividente. Por isso, os institutos do *non-liquet* e *judicial-review* sofrem revisitações em seus balizamentos de decisibilidade no paradigma do *Estado de Direito Democrático*. Finalmente, é ofertada uma *teoria processual*, que o autor denomina *neoinstitucionalista*, como proposição viabilizadora da compreensão da *passagem* do princípio do discurso ao princípio da democracia, que, já

resolvida por Popper em sua lógica conjectural, tem sido também a preocupação de Habermas que, ainda comprometido com o mito contextualista (convencionalista) de sua teoria do “agir comunicativo”, valendo-se das teses da pragmática transcendental e universal (Apel – Kant), assume uma hipermodernidade aprisionada nas grades historicistas da indústria cultural (contra Adorno) e no empirismo lógico e mecanicista das Escolas de Viena e Frankfurt.

Belo Horizonte, julho, 2017.

Rosemiro Pereira Leal

Retrospecto do voluntarismo decisório

I.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O estudo do *ato de decidir*, no plano jurídico-político-econômico, é que pode definir as diversas etapas da história humana e sua escalada evolucionária ou seu retrocesso civilizatório. A *decisão*, como *filosofema* (juízo conclusivo pelo *loci*¹ e adesão ao *topos* já culturalmente contingenciado ou como *juízo sintético*² pelo achamento apodíctico), não mais satisfaz as investigações do pensamento jurídico contemporâneo, que se afasta, a cada dia, da escolástica aristotélica que via na *decisão* uma predileta e individual escolha entre várias alternativas.³

Na história do *direito processual*, a *decisão*, em seus primórdios, assumiu versões autocráticas de ato criador do direito pelos *interditos romanos* (os quais nas estranhas lições de Ovídio Baptista da Silva deveriam retornar aos nossos dias como “*forma superior de tutela jurisdiccional*”⁴) reforçados pelo iluminismo da

¹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 37.

² KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. 2.^a ed. São Paulo: Brasil Editora, 1958, p. 13-18.

³ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 232.

⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 214. A estranheza que nos

razão redentora da Revolução Francesa de 1789. Nos séculos XX e XXI, a *decisão* se apresenta, para a maioria dos juristas, como ato de salvação da lei pelo Poder Judiciário.

Os juristas do séc. XX, em sua quase unanimidade, máxime os processualistas, até Liebman e os atuais instrumentalistas que colocam o processo como instrumento de uma jurisdição salvadora do direito por uma relação jurídica hierárquica entre juiz, autor e réu, são os mais explícitos herdeiros das engenhosas nuances teóricas da sacralidade ética da *traditio*, que trabalha uma razão prescritiva incompatível, como veremos, com o direito democrático.

Carnelutti,⁵ que entendia existir uma ética subjacente ao direito escrito, a qual, na falta do direito, era fonte de composição dos conflitos e de pacificação social, afirmava, em sua estridente vocação para as metáforas, que, quando a ética se manifestava débil à composição espontânea dos contrastes e das disputas, seria necessário um “*alto-falante para fazer ecoar*” (*sic*) a voz da ética. Entretanto, para ele, a “*voz da ética*” (*sic*) não era o direito, mas alguém a cuja consciência falasse a “*regra ética*” (*sic*) oracular e que ditasse o “*preceito*” (*sic*) para ser traduzido numa “*fórmula*”, que seria a sentença. Esta, portanto, seria proferida por um especialíssimo achador (*finder*).

causa a posição de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA consiste em sua afirmação de que o movimento iluminista de 1789 teria representado o repúdio dos antigos *interditos* romanos, que, segundo o ilustre professor, são “formas superiores de tutela jurisdicional”, desde que exercida por juízes “democraticamente responsáveis” para uma “jurisdição criadora do direito” de modo que o “Poder Judiciário” possa tornar-se o agente intermediário entre a lei e seus consumidores, como preconiza CAPPELLETTI, ob. cit., p. 214-216. Para nós, não ficou claro o conceito ali desenvolvido de “juízes democraticamente responsáveis”, nem sequer o conceito de lei como bem de consumo.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. 2.^a impr. São Paulo: Lejus, 2000, p. 110-112.

Eis por que Carnelutti diz que o decididor (juiz) não é o achador de um preceito de direito (*Rechtsfinder*), mas um achador (descobridor) de um preceito ético diluído na névoa dos tempos só sensibilizável por um *sentire* divinatório do descobridor da sentença (*Unteilsfinder*), que é a “*fórmula*” que reúne, por essa catarse pitônica do decididor, o *preceito e a sanção*. Portanto, em Carnelutti, a sentença é a expressão formular conjuntiva do preceito e a sanção que é constitutiva de um direito equiparado ao direito legislado. O descobridor-decisor é nesse ensino “*aquele que escuta a voz de Deus*” (*sic*) emanante de regras éticas de validade universal.

Reforçando suas convicções sobre o caráter mágico da sentença e que por esta a prática do direito se transforma em “*sacerdócio*” (*sic*) e revela que o descobridor-decisor é quem pode primeiro apreender (*prae capere*) as coisas que escapam aos vulgares mortais, ainda anota que, quando “*a voz da ética*” não é traduzida pelo direito escrito vigente, esse direito é uma moeda de curso legal sem lastro-ouro, como uma “*falsa moeda*” (*sic*), que não pode prevalecer sobre o preceito sentencial captado pelo decisor, que comporá o conflito por um conjunto de “*condições favoráveis, entre as quais têm grande valor a autoridade de quem o fórmula e a docilidade de quem o escuta*” (*sic*).

As obras de Calamandrei fazem cântico a toda a sacralidade carneluttiana, com o acento de que o advogado não passaria de um querubim (anjo miniaturizado) aos pés do decididor onipotente como que a elevar o juiz aos páramos espirituais de vigilância purificadora da secularização ocorrida pela nociva estatização da metafísica (Hegel).

Chiovenda, que foi reverenciado por ambos, dizendo-se aluno de Wach, que seguia as lições de Bülow (1868),⁶

⁶ BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

considerava a atividade do magistrado regida pela vontade concreta da lei, que é “aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei”,⁷ porém, mais cauteloso que seus discípulos, advertia que “uma coisa é dizer-se que renovadas condições econômicas, sociais, políticas, culturais determinam correntes e tendências novas que lentamente dispõem a doutrina a novas interpretações da lei velha, e que o juiz, como jurisperito, participa incidentemente dessa renovação. Outra coisa é considerar isso como mister do juiz, perigosa máxima que pode encorajar as interpretações individuais e cerebrinas. Com dobrada razão podemos dizê-lo das doutrinas inspiradas no princípio da maior liberdade do julgador (a chamada ‘escola do direito livre’) e que a exageraram ao ponto de admitir um poder de correção da lei. Os juízes rigorosamente fiéis à lei conferem aos cidadãos maior garantia e confiança do que os farejadores de novidades em geral subjetivas e arbitrárias”.

Assim, à jurisdição, adstrita à lei, caberia fixar o pensamento da lei com o auxílio, segundo ele, de critérios gramaticais, lógicos e históricos, o que o situa em compromisso com o Estado de Direito e Social de Direito do séc. XX até os anos 70 pela constitucionalização do direito liberal e social-liberal em vários países do mundo. Para Chiovenda, a sentença vale como expressão da vontade do Estado e não das suas premissas lógicas, porque não existiria uma lógica de Estado para garantia do bem jurídico conseguido pela sentença do juiz, mas a *coisa* (bem jurídico) *julgada* de modo consumado pela vontade substancial do Estado. Em Chiovenda, o Estado é um conjunto orgânico mais poderoso que seus órgãos integrantes, como que uma síntese metabólica de elementos político-jurídicos que se manifestasse numa vontade-poder legitimadora da lei por ele próprio produzida: o Estado preexistiria ao direito e o direito ao processo e este como instrumento de atuação

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 1.^a ed. Campinas: Bookseller, 1998, vol. I, p. 64 e 63.

de um direito existente concedido pela atividade do juiz em nome do Estado.⁸ O processo, então, não se prestaria à defesa de direitos subjetivos, mas “*visa ao escopo geral e objetivo de fazer atuar a lei*” (*sic*), “servindo à parte que, segundo o juiz, está com a razão” (*sic*).

Sobre as teorias do processo divulgadas à sua época, Chiovenda observou: “São igualmente inaceitáveis, como unilaterais, outras concepções do processo, dominantes no passado. Assim, aquela que exprimia asseverando que o processo é um modo de definir as controvérsias, quando, entretanto, pode haver definição de controvérsias fora do processo (arbitramento), e pode haver processo sem controvérsias (julgamento à revelia, reconhecimento imediato do pedido por parte do réu) e sem definição de controvérsias (execução por títulos diferentes da sentença). Assim também as que se exprimiam sustentando que o processo é um meio de coação ao adimplemento dos deveres, quando pode haver processo sem coação alguma (sentença de denegação do pedido). Ou, finalmente, as que advertiam no processo um modo de dirimir conflitos de vontades ou de atividades não circunscreviam exatamente o processo, porque semelhantes conflitos também fora do processo se dirimem (agente que impede um ladrão de furtar; prefeito que ordena a demolição de uma obra contrária aos regulamentos municipais). Todas essas concepções se eivam de um defeito comum, a saber, o de confundir a finalidade atual, imediata, constante da atividade processual, com seus resultados remotos e possíveis, ou mesmo necessários. Como quem dissesse que a atividade de um pintor para compor um afresco tem por fim ornar o templo, ou quisesse definir uma fonte pública dizendo que serve para dessedentar o transeunte. Igual observação se pode fazer à doutrina mais recente (CARNELUTTI) que concede o objetivo processual como a justa composição da lide (entendida a ‘lide’ como pretensão contrastada porque contradita ou porque não satisfeita). Mesmo quando entre as partes existe um contraste, não é objetivo imediato do proces-

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe, ob. cit., p. 64, *fine*, e p. 65, vol. I.

so compô-lo, mas dizer e atuar a vontade da lei; se com a coisa julgada, se com atos executivos úteis o contraste pode cessar, isto é consequência e resultado da atuação da lei. Na realidade, o contraste pode não cessar efetivamente; mesmo, porém, quando cessa, tal não depende do fato de que se compôs o contraste (o processo é até a antítese de composição, nem o juiz ou o órgão da execução cuidam minimamente de compor um conflito), mas do fato de que os atos executivos úteis, satisfazendo por outra via a pretensão do credor, despojam de importância a insatisfação por parte do devedor. Enfim, se por 'justa' composição se entende a que é conforme à lei, resolve-se na atuação da vontade da lei; se, porém, se entende uma composição qualquer que seja, contanto que ponha termo à lide, deve-se radicalmente repudiar uma doutrina que volveria o processo moderno, inteiramente inspirado em alto ideal de justiça, ao processo embrionário dos tempos primitivos, só concebido para impor a paz, a todo custo, aos litigantes".⁹

O certo é que, a partir do postulado, como vimos, de que o processo é o instrumento da jurisdição e de que o processo é uma relação jurídica entre juiz, autor e réu, como querem os instrumentalistas de hoje e ontem, instala-se uma confusão conceitual entre *processo, jurisdição e ação*, que embaraça o ensino jurídico atual e com grave prejuízo à compreensão do Estado Democrático de Direito, que tem suas bases teóricas na razão discursiva e não mais na filosofia do sujeito voltada à reprodução e reordenação do mundo da vida por decisões centradas na prescritividade da tradição e autoridade.

A confusão implantada pelos instrumentalistas liebmianos entre *jurisdição, processo e procedimento*, com eleição da jurisdição como centro da teoria processual,¹⁰ é que tem

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe, ob. cit., p. 66-67, vol. I.

¹⁰ DINAMARCO, Rangel Cândido. *Instrumentalidade do processo*. 4.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 63, 77, 89 e segs. Quanto às demais observações de Cândido Dinamarco, que põe a *Teoria Geral*

propiciado um sincretismo maligno dos significados dos conteúdos do *decidir* a tal ponto de o Estado ainda ser, em nossos dias, o ente mítico (temido) que se presta a garantir a violência estrutural da validade do direito. Assim, a personificação (ou reificação) do Estado desde Hobbes, por obras variadas, tem obscurecido as origens absolutistas da judicância que, nos anos 70, estarreceu os analistas¹¹ como a mais ideológica (ardilosa) e sofisticada (midiática) forma de dominação que o homem inventara para colonizar as sociedades políticas a serviço do aceno enganoso de *realização de justiça*.

Se levantarmos o ciclo histórico do *decidir*, três conceitos auxiliares à sua tematização ainda nos causam sobressaltos pela carga mítica que encerram no linguajar do cotidiano acadêmico: *poder*, *tradição* e *autoridade* – eixo ideológico da judicância protegida pelo fetiche catártico do Estado hegeliano. Não que se deva escorraçar esta terminologia do vocabulário jurídico, mas o que se observa é o caráter de inexplicabilidade que tais termos hermetizaram no transitar dos séculos até que se tornassem, na modernidade, vulneráveis à crítica científica.

1.2. DECISÃO E JULGAMENTO

A expressão *decisum*, na acepção atual, ganhou significado genérico de ato de examinar e aplicar o direito,

do Processo como disciplina que se oferece a “organizar a realidade abrangente do processo segundo a perspectiva instrumentalista, ou seja, a partir de uma visão *externa*, dando realce, pois, à relação dialética de complementaridade existente entre ela e a ordem sócio-política e jurídico-substancial da sociedade”, não ficaram compreensíveis para nós, que, atentos ao paradigma constitucional da democracia, não conseguimos supor em direito democrático como conciliar “contexto axiológico” de uma Sociedade e um *telos* que, segundo o autor, traria legitimidade por uma “postura crítica” (*sic*) ao sistema processual. Ob. cit., p. 59.

¹¹ FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir*. 15.^a ed. Petrópolis:Vozes, 1997.

com oblívio de suas raízes históricas do direito romano arcaico formular até o pós-clássico da *cognitio* estritamente pública em que seria possível *judgar* (sentenciar) para, depois, *decidir* (executar). E isso porque a *decisão* não descendia da *jurisdictio*, que, moldando-se em atos projetados (editalizados e fomulados) pelo pretor, desenvolvia-se por um juiz singular e privado (árbitro que realizava o julgamento do conflito-lide). A *jurisdictio* se construía por um *procedimento* cerimonioso que ensejava ao pretor não intervir na vida privada, deixando ao árbitro declarar a existência ou não de direitos pelo *interlegere* de atos ritualísticos (jurisdicionais). O *decisum*, ao contrário, era ato de *imperium* do pretor, que, como delegado do poder de Roma, expedia a *ordem* pública (executiva) inquestionável do *fazer*.¹²

Os interditos (*interdicta*) eram atos de vontade e poder (*potestas*) do pretor e encerravam *veracidade* indiscutível, enquanto a *jurisdictio* (atos de inteligência) encaminhava um provimento final (sentença) pela constatação de *veros-similhança* do direito alegado. Em face dessas considerações é que Ovídio Baptista da Silva¹³ lembra que “a *recuperação do conceito de ação executiva, em última análise, significa a reintrodução, em nosso direito, de uma forma de tutela interdital concebida pelo direito romano e exercida pelo pretor*”.

O que importa nesse estudo é que a *decisão* judicial no direito moderno não se define pela *summaria cognitio*, a não ser nas tutelas de urgência (liminares e antecipadas), que, não mais se regendo pela interditalidade, seguem obediência ao *devido processo legal*, como direito-garantia no Estado Democrático de Direito. O encontro histórico que fundiu *decisão* e *deliberação* é no direito político uma conquista que hoje é reconstruída e reconscientizada pelo *devido processo constitucional*, que distingue um ordenamento

¹² BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. 10.^a ed., 1975.

¹³ SILVA, Ovídio Baptista, ob. cit., p. 181.

jurídico de conteúdo democrático de outro de substância cultural tradicionalizada por uma jurisdição redentora.

Essa perda semântica do sentido interdital da *decisão* (decisionismo pela autoridade-vontade executiva), cujo resgate ainda foi lamentavelmente tentado por Carl Schmitt,¹⁴ possibilitou o enquadramento teórico da *decisão* no conceito de *provimento* do hodierno direito processual italiano, que, com Fazzalari,¹⁵ significando julgamento vinculado ao espaço técnico-procedimental-discursivo do *processo* cognitivo de direitos, como conclusão co-extensiva da argumentação das partes, adquiriu conotação de ato integrante final da estrutura do procedimento. Com Fazzalari, foi possível um salto epistemológico que retirou a *decisão* da esfera individualista, prescritiva e instrumental, da razão prática do decisor.

Entretanto, o que se colhe infelizmente de autores empenhados na compreensão do direito pela validação normativa em justificativas de tradição e autoridade são invenções engenhosas e metódicas do intérprete como guardião extra-sistêmico do ordenamento jurídico. A *decisão* assim concebida, agarrada às origens da autocracia interdital romana, em que o poder do pretor emergia de sua condição de funcionário de uma sociedade radicada na verdade indiscutível da ancestralidade cultural, ainda hoje permanece armazenada por uma jurisprudência garbosa da realização de uma justiça retórica não testificada pelo *devido processo coinstitucional*, a pretexto de assegurar uma flexibilidade de princípios, cuja graduação (proporcionalidade e razoabilidade)¹⁶ é circunscrita ao cérebro do

¹⁴ SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Trad. Manuel Sánchez Garto. Barcelona: Editorial Labor, 1931.

¹⁵ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 5.^a ed. Padova: Cedam, 1989, capítulo II, § 1.º.

¹⁶ FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999, p. 43-61.

decididor sensível e talentoso (o *freirecht* dos Tribunais Constitucionais pelo controle corporativista, introvertista e concentrado de constitucionalidade).

I.3. DECISÃO E PODER NA TRANSIÇÃO DA MODERNIDADE

A ligação entre *poder e decisão* por seqüelas históricas consolidou, na *modernidade*, uma compreensão distorcida do julgar em que vontade e inteligência freqüentam, por ensino de muitos, a mesma sede, que é a mente predestinada do sábio-julgador. Todas as metodologias da interpretação no correr dos séculos até as fronteiras teóricas das sociedades pós-metafísicas (anos 80 do séc. XX) desenvolveram-se à sombra da árvore cerebral do julgador justiceiro por técnicas e nomenclaturas sofisticadas de acoplamento da razão prescritiva ao mundo vivido das tradições milenares como fonte institucional estratificada e validadora da faticidade juridicamente normatizada ou idealizada por uma ética sistêmica confirmatória. É essa trajetória que vamos percorrer para uma tentativa de ressemantizar o conceito de *decisão* no *Direito Processual da modernidade*, já co-institucionalmente positivado por conteúdos proposicionais de operacionalização jurídica da *democracia*.

Ao se falar num *Direito Processual da pós-modernidade*, almeja-se, com essa expressão, identificar nos textos positivados o conjunto de normas institucionalizadas pelo modelo jurídico do *devido processo co-institucionalizante* que, em sua gênese, reúne significância de superação da heteronomia produtiva do direito de tal modo a ensejar a construção procedimental de uma legalidade que se abre à crítica corretiva ampla e irrestrita. Esse *Direito Processual* assume compromisso teórico com as respostas a serem dadas numa universalidade pós-metafísica de instalação de Comunidades Jurídicas autoras, simultaneamente destinatárias e operadoras autoincludentes no Estado Democrático de Direito processualmente instituído.

A processualidade jurídica institucionalizadora e re-criativa do *acervo normativo* do Estado Democrático é que provocaria o salto para a *pós-modernidade* jurídica que requer não somente características de positividade (legalidade formal da modernidade), mas agregaria conteúdos jurídicos de testificação discursiva propiciadores de processual e incessante fiscalidade irrestrita, abstrata e concreta das bases de produção, legiferação e cumprimento (aplicação) do direito, que só assim se mostraria realizador do *princípio da democracia*.

É na *pós-modernidade* concebida por um direito que não se contenta com pretensões de validade em bases meramente estratégicas de preservação de uma paz sistêmica, em que os destinatários das normas não são clientes passivos da legalidade produzida, é que se realizaria a *legitimidade* do direito mediante a estruturação procedimental criadora de situações jurídicas pelo *devido processo legislativo*. Tais situações jurídicas se submetem a correições também processualizadas pelo *devido processo legal* como ponto de fuga da modernidade secularizada cuja produção jurídica se manifesta insuficientemente validada por uma razão prescritiva que, mesmo ocasionalmente apartada da tradição, ainda assim se impõe por uma deontologia (arbítrio) do saber técnico-jurisprudencial de assembléias de especialistas paternalizadoras de *decisões* não preparadas procedimentalmente numa relação normativa espaço-temporal em simétrica paridade construtivo-estrutural com os componentes da Comunidade Jurídica.

A desintegração do direito nas sociedades modernas (secularizadas) ocorre pela deslustração generalizada de compreensão da *democracia* em meio aos arcaicos paradigmas do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito diluídos nos textos constitucionais da modernidade numa polissemia que ora enfatiza a ideologia do republicanismo das maiorias autocráticas, ora se emoldura no privatismo (liberalismo) universalista das impermeáveis liberdades negativas em obliteração do entendimento do discurso

democrático que pede discernimento pela *teoria do processo* e não pelo senso comum do intérprete axiologicamente bem intencionado e do julgador tecnicamente qualificado.

Portanto, as constituições democráticas só se oferecem à concretização a partir da *aprendizagem* do que seja *princípio da democracia* em que o melhor argumento não tem sede na razão prática, nem sequer se submete a conteúdos de certezas na estrutura da normatividade.

A *pós-modernidade* do discurso filosófico-constitucional se faz pela apreensão da *democracia* como teoria processual de resolução do impasse da *modernidade* ainda radicalizado na recusa em preencher o vazio da linguagem deixado ao longo de séculos de dominação legal pelo autoritarismo da razão prescritiva, que, embora já acentuadamente laicizada (desencantada) em seus juízos de validação, não é apta a encaminhar o convívio em sociedades pluralísticas e transculturais da atualidade. É preciso destruir o fetiche do *Estado de Justiça* que está a emperrar a transição para a pós-modernidade, que reclama o exercício jurídico de bases discursivas ao assentamento de uma *Comunidade Jurídica* a se instituir por si mesma por uma auto-inclusão processual no sistema democrático já constitucionalizado como ocupante legitimada desse espaço jurídico ainda apropriado por gestores arcaizados que se louvam numa razão instrumental de uma *jurisdição* (dicção de um direito culturalizado) *salvadora* da realidade hostil à realização de direitos fundamentais.

Também é oportuno que se esclareça a expressão *direitos fundamentais*, que, na *pós-modernidade*, não pode designar o que é eternamente intrínseco ao ser humano como integrante de um Estado-nação e que se explicitasse pelo reconhecimento recíproco entre os homens como atributos inatos e individuais de liberdade, igualdade e dignidade, porque os fundamentos desses cognominados *direitos humanos* hão de ser, na teoria da democracia, postos pela *decidibilidade* de cunho discursivo como forma processual

ilustrada de institucionalização jurídica da vontade popular soberana da Comunidade, que, por se prover pela *teoria do processo* de direito democrático, cumpre estabelecer os institutos a serem observados atinentes à isonomia, ampla defesa e contraditório, como fundamentos (autoprivação de liberdade) de demarcação do exercício da vontade criadora de direitos.

Assim, na teoria da democracia os direitos fundamentais são inafastáveis não porque já estejam impregnados na consciência dos indivíduos, mas porque são requisitos jurídicos da instalação processual da movimentação do sistema democrático, sem os quais o conceito de Estado Democrático de Direito não se enuncia.

A instituição coinstitucionalizada do Estado Democrático de Direito põe-se em construção continuada pela Comunidade Jurídica, uma vez que não é um projeto congenitamente acabado, mas uma proposição suscetível de revisibilidade constante pelo *devido processo coinstitucionalizante*, que é o recinto de fixação jurídico-enunciativa instituinte dos direitos fundamentais como ponto de partida da teorização jurídica da democracia para a criação normativa de direitos a se efetivarem processualmente no mundo vivente.

Com efeito, ao se falar numa *hermenêutica constitucional* no Estado Democrático de Direito, não há de ser por balizamentos metodológicos da tradição ou autoridade formados na filosofia do sujeito, porque a regência operacional da democracia não ocorre no plano solipsista do intérprete iluminado por uma inteligência genial, mas pela autoilustração teórica do discurso juridicamente (processualmente) institucionalizado e direcionado à concreção dos direitos à fundamentalidade constitucional democrática.

Na *pós-modernidade* a ser efetivada, porque já constituída no Brasil e em várias legislações do planeta, a tensão faticidade-validade que marca a modernidade não pode ser resolvida pela razão instrumental, uma vez que esta

Este trabalho, que se reveste de conotações ensaísticas, cuida do instituto jurídico da decisão, que recebe no paradigma do Estado Democrático de Direito significância diferenciada da conceituação encontrada nos padrões teóricos da dogmática analítica comprometida com as escolas que orientavam o pensamento jurídico até a eclosão do movimento constitucionalista dos fins dos anos 70 do séc. XX aos nossos dias. Entretanto, a dissipação dos estoques da eticidade com radicalização das diferenças marcantes da modernidade exigiu a conjectura de novo paradigma esclarecido por uma teoria constitucional do direito em bases de processualidade discursiva dos conteúdos de validade e legitimidade das decisões tomadas a partir de um status democrático a ser considerado como espaço de testabilidade incessante das pretensões de certeza (coerção) institutiva da normatividade (ordenamento jurídico).



ISBN 978-85-8425-617-4



9 788584 256174