

REVISTA CEJ

ISSN 1414-008X
Ano XXVII
n. 85, jan./jun. 2023

**Centro de Estudos Judiciários
Conselho da Justiça Federal**

85



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários



O ATO DE DECISÃO JUDICIAL, A ESTRUTURA DA NORMA E UMA POSSÍVEL IRRACIONALIDADE

171

THE ACT OF JUDICIAL DECISION, THE STRUCTURE OF THE NORM AND A POSSIBLE IRRATIONALITY

Bernardo Montalvão

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).

RESUMO

A presente pesquisa tem como problema a questão: o ato de decisão judicial é, ou não, irracional? Com o objetivo de confirmar, ou não, a aludida suposição, o trabalho aprofunda o estudo da estrutura da norma jurídica e do ato de decisão judicial a ela relacionado.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria do Direito; ato de decisão judicial; norma jurídica; irracionalidade; ideologia.

ABSTRACT

The present research has as its problem the question: is the act of judicial decision irrational or not? In order to confirm, or not, the aforementioned assumption, the work deepens the study of the structure of the legal norm and the act of judicial decision related to it.

KEYWORDS

Theory of Law; judicial decision act; legal norm; irrationality; ideology.

1 INTRODUÇÃO

O motivo que leva à confecção deste trabalho é a desconfiança de que possa existir uma relação entre a norma e a ideologia e de que tal 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 texto 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 este trabalho: a suspeita de que o ato de decisão judicial, em verdade, é um ato irracional.

Para se alcançar a confirmação ou a retificação da hipótese que orienta este texto, indispensável se faz traçar um caminho, o qual 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.

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?

172

Isso porque ele já denuncia a estratégia que será empregada 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.

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 trabalho.

Como essa 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" (2006, p. XXIII). 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 (Idem). 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 trabalho é a da irracionalidade do ato de decisão judicial, o melhor campo para testá-la, certamente, é o processo penal, que se trata, dentre todas as espécies de processo, da 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 tal 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, nessa 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.

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 tal propósito em mente que se passa a analisar a estrutura da norma, sua relação com o ato de decisão judicial e a noção de norma genérica.

2 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 o que se pode entender por norma, não se deseja oferecer sua definição, ainda que de forma oblíqua acabe por se recair nessa 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, surgem outras indagações. Se há uma norma antes do ato de decisão judicial, é esta que Kelsen denomina como genérica¹? 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 sua produção? 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? Em outro trabalho, 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 tal assertiva? Significa que toda norma é casuística, e que norma e lei não se confundem, antes se relacionam. Mas apenas isso?

Não. Significa também que toda norma é fruto do ato de decisão judicial² e que, por conta disso, a norma não é o produto de uma operação exclusivamente racional, mas 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” (KELSEN, 2005, p. 10). 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 constitutiva³, 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” (KELSEN, 1998, p. 264)⁴. 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 método⁵. Em verdade, conduz à produção de diversas possibilidades de normas individuais, dentre as quais apenas a escolha, guiada pela vontade⁶ e emoção, terá a capacidade de selecionar qual delas será a aplicável diante do caso dos autos⁷. Como fica agora perceptível, o mesmo Kelsen que compreende o ato de decisão judicial como 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...” (KELSEN, 1998, p. 393).

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 moldura⁸ dentro da qual há várias possibilidades de norma individual ou, como prefere Winfried Hassemer (2005, p. 246), uma margem semântica 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 de 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” (KELSEN, 2005, p. 10.), o qual aparece apenas como “uma justificação da função emocional

pela racional” (Idem, p. 11). 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 (1998, p. 271), em 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”⁹. 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 genérica¹⁰ 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, persuasiva¹¹ e singular (ADEODATO, 2006, p. 310-311). A norma genérica mostra, então, a sua verdadeira natureza, a de uma mentira¹², “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” (KELSEN, 2008, p. 238). A norma genérica é a mentira imprescindível, a “única mentira na qual seria necessário fazer crer não apenas os súditos, mas também, se possível, o próprio governo” (Idem, p. 238-239), inclusive o juiz. “Torná-la crível exige, porém, grande capacidade de persuasão” (Idem, p. 239).

Mas a persuasão não é problema; é 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 entimemática¹³ à medida que encobre a escolha previamente feita a partir de um belo manto de racionalidade construído com base nas provas¹⁴. “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”¹⁵. 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” (SCHNEIDER; SCHROTH, 2002, p. 541). 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 (Idem, p. 527).

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 com-

portamento judiciário, entendido como resultado mais da intuição” (PALOMBELLA, 2005, p. 208) que da razão, a qual “seria formulada como justificação, *ex post*” (Idem). 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 parece¹⁶.

Tomando-se, então, como pressuposto da estrutura da norma a circunstância de que esta é sempre casuística, tornam-se mais compreensíveis os artifícios que serão utilizados pelo juiz¹⁷, de forma consciente ou não, na sua construção. Esses artifícios utilizam-se tanto do texto da lei e do seu caráter metafórico¹⁸ quanto do caso compreendido pelo juiz¹⁹, que em nada se confunde com o caso do mundo circundante²⁰.

Mas não apenas isso. 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 concreta²¹. A ideologia seleciona o valor que irá gravitar em torno da norma concreta e dos elementos que a compõem.

3 O VALOR E A IDEOLOGIA

O ato de decisão judicial e a norma que dele deriva encontram-se submetidos à ingerência valorativa (FERRAZ JR., 2007, p. 359). O ato de decisão judicial, além de ato de linguagem, é também ato de caráter axiológico. Essa assertiva decorre tanto da circunstância de se tratar de um ato e, portanto, de uma expressão da existência humana²², quanto do caráter metafórico da linguagem²³, 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 humano²⁴.

Há uma espiral dialética entre a linguagem e o valor²⁵. 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 (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 38-49) e a um ato de decisão judicial norteado pela epistemologia da incerteza (LOPES JR., 2008, p. 51)²⁶, torna-se possível concluir que, se o processo é um jogo (CALAMANDREI, 1950, p. 23-51) 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 linguagem²⁷!

A razão é a atividade lúdica de manipular significantes e significados e a tentativa compulsiva, mas sempre frustrada, de ser humano carente interagir com o outro. Há sempre uma falta na linguagem, há sempre um hiato entre os símbolos (LACAN, 1987, p. 73). Eis, então, o que é o ato de decisão judicial: um ato lúdico e irracional²⁸. “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 [...]” (DERRIDA, 2002, p. 27).

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 emotiva²⁹ à medida que é desencadeada e orientada pela afetação, ou seja, pelo afeto que determina a ação³⁰. Determina porque provoca, desenvolve e conduz a ação, e porque toda ação pressupõe uma escolha³¹. 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” (KELSEN, 2005, p. 10). “Eu procurei por grandes homens, mas sempre encontrei apenas os macacos de seu ideal” (NIETZSCHE, 2006, p. 12).

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 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 (NIETZSCHE, 1995, p. 94-96). O instinto, esse fenômeno humano dirigido a qualquer finalidade, mas, ao mesmo tempo, inconsciente.

É em meio a esse contexto que se acaba por perceber que os valores são “símbolos integradores e sintéticos de preferências sociais permanentes” (FERRAZ JR., 2007, p. 359) e que, por conta disto, prestam-se tanto a justificar o ato de decisão judicial quanto a selecionar as informações que irão compô-lo (Idem). 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 (Idem). A segunda é a de realizar, conforme expressão criada por Luhmann, uma espécie de “fechamento normativo” (LUHMANN, 1988, p. 12-35). Isto é, selecionar os valores que poderão participar da elaboração do ato de decisão judicial, bem como os valores que devem ser excluídos desta operação (FERRAZ JR., 2007, p. 359). A ideologia torna-se uma pauta de segundo grau (Idem, p. 360), destinada a controlar e estabilizar os valores³² empregados na confecção do ato de decisão judicial. “O discurso decisório, nesses termos, é avaliativo e ideológico” (Idem).

Contudo, a ideologia não é uma dimensão metafísica³³ 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, 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 posta³⁴, porque precária³⁵, humana e histórica; em suma, porque é linguagem. Quando se afirma que a ideologia se presta 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)³⁶ 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 permeiam³⁷, 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 instintos³⁸ que o permeiam, enquanto ato de linguagem que o é. A ideologia é oportunista!^{39,40} Se a ideologia controla os valores que se encontram na órbita do ato de 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 crença⁴¹. Crença que é tanto maior quanto mais disseminados estiverem os valores na estrutura da norma concreta que resulta do ato de decisão judicial⁴². 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 lei⁴³ 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 concreta⁴⁴. 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 (FERRAZ JR., 2007, p. 373). Não se trata de uma via qualquer, mas de uma via de otimização da ideologia e

de utilização dos instintos. Uma via de 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” (Idem), de um mundo valorativamente compartilhado, de um mundo tão consistente que pode ser até tocado, de um mundo demasiadamente habitado. E é o senso comum⁴⁵ – que pode ser tanto os valores compartilhados em uma dada comunidade de linguagem⁴⁶, a exemplo da jurisprudência dos tribunais, quanto os valores que integram toda a sociedade, como é o caso dos que são propagados pelos programas televisivos⁴⁷ – que acaba por codeterminar a interpretação realizada pelo ato de decisão judicial em suas considerações pragmáticas⁴⁸.

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” (RADBRUCH, 2004, p. 8), entre ser e dever ser, entre realidade e aparência, entre racionalidade e irracionalidade. Disso 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” (Idem, p. 17). 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*” (DERRIDA, 2002, p. 25). O ato de decisão judicial, por meio do senso comum, ampara-se, portanto, na crença⁴⁹. É essa crença que dilui o abismo metodológico entre linguagem e valor, porque todo juízo de valor, quando tomado como crença, transforma-se em juízo de realidade⁵⁰. Todo dever-ser é um ser, porque todo dever-ser é sempre um querer (KANTOROWICZ, 1964, p. 6).

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 há entre ambos uma espiral dialética, e não uma redução de existências.

Valor e linguagem⁵¹ encontram-se, por conseguinte, em uma espiral dialética de polaridade e implicação⁵². O valor não se reduz à linguagem porque, se assim fosse, perderia sua realizabilidade e inexauribilidade (REALE, 2002, p. 207), características do seu projetar-se histórico. É dizer, os valores nunca são inteiramente realizados e completamente exauridos. Contudo, toda linguagem é valorativa⁵³, na medida em que todo valor é uma finalidade (KELSEN, 1998, p. 24) imposta pelo ser humano carente a si próprio ou aos que com ele convivem⁵⁴. 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 mo-

mento, que o valor não se reduz à linguagem e que a linguagem é necessariamente valorativa e, logo após, asseverar que há entre ambos uma espiral dialética, e não uma redução de existências. Isso porque, quando se descreve a espiral dialética entre linguagem e valor, parte-se do pressuposto de que o valor precede a 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 por ela disseminados nunca são inteiramente realizados e completamente exauridos, ou seja, a finalidade, porque é inconsciente, nunca é integralmente atendida. Isso acaba demandando uma reentrada 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.

Nesse contexto, o querer do magistrado que realiza a escolha envolvida no ato de decisão judicial não se confunde com o valor. A escolha é ato de vontade orientado pela ascese, "ato que não é possível demonstrar por meio da via racional" (KELSEN, 1998, p. 20). A escolha não é determinada pelo valor, mas por ele orientada⁵⁵. Não é o valor que desencadeia a escolha; é a experiência emocional por ele provocada que deflagra a escolha realizada no ato de decisão judicial. Sendo certo que o valor é finalidade imposta pelo ser humano a si próprio por meio da linguagem, ainda que de forma inconsciente, então é certo que o ato de vontade do magistrado que realiza a escolha não se confunde com o valor, mas é uma possibilidade de valor. Em outras palavras, se todo ato de decisão judicial é valorativo porque é finalístico, ainda que de forma inconsciente diante do caráter instintivo da linguagem, não é o valor que impulsiona o ato de decisão judicial, mas é a capacidade que ele 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 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", partiu-se proposadamente da premissa de 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 que decorre 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 derivado da ascese (afetação), 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 irracional⁵⁶. "O carma da vida é reagir" (NIETZSCHE, 2000, p. 33)⁵⁷.

O valor estabelece, assim, uma relação de adequação (KELSEN, 1998, p. 24) entre texto e caso e a norma concreta derivada do ato de 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 autocompre-

ensão do magistrado e do instinto que é inerente à linguagem.

Vislumbra-se, desse 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 esse 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" (Idem). 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 desejo⁵⁸.

4 O CASO E A IDEOLOGIA

O caso^{59, 60} que será apreciado pelo ato de decisão judicial para fins de produção da norma concreta⁶¹ toma como pressuposto a circunstância de que o direito não precede a sociedade, mas é instrumento à sua disposição. Desse 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" (BARRETO, 2001, p. 34). 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"⁶²). Essa é apenas uma meta aparente, ou, quando muito, indireta. A existência de provas tarifadas⁶³ revela isso (SCHNEIDER; SCHROTH, 2002, p. 520).

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" (BARRETO, 2001, p. 34). 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 (WEBER, 1999, p. 526).

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 direito⁶⁴. O conflito que é levado ao conhecimento do Estado-juiz como estratégia anestésica de dominação (WEBER, 1999, p. 527) 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? O processo desmembra-se em diversas etapas.

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 conflitos⁶⁵ que pretende regular, como também escolhe a parcela do conflito a ser disciplinada pelo texto da lei. Trata-se, portanto, de uma dupla seleção do conflito. Tome-se, como exemplo, o delito de estupro (Código Penal, art. 213). O legislador primeiro seleciona, dentre diversos conflitos sociais, o ato de constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. Num 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 selecionado⁶⁶.

Mas, antes de passar ao segundo degrau dessa escada de seleção do conflito processual, um questionamento poderia surgir: por que o Estado-legislador seleciona o conflito?⁶⁷ Porque o conflito social na sua totalidade é demais (BERBERI, 2003, p. 40-41) para o Estado-juiz⁶⁸. Impor ao Estado-juiz a tarefa de solucionar o conflito social na sua integralidade seria o mesmo que perder o monopólio da solução dos conflitos e, por consequência, a primazia da lei quanto às fontes do direito.

Isso porque o Estado-juiz não tem capacidade para resolver o conflito social no seu todo, seja porque demandaria muito tempo e inviabilizaria o processo⁶⁹, 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 a do texto da lei nem qualquer outra, em razão do abismo gnosiológico que se coloca entre o evento real, a ideia e o símbolo.

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, a tarefa seria simplesmente impossível, ainda que o Estado-juiz dispusesse de linguagem suficiente para reproduzir o conflito social (ou o caso “real”) dentro desse instrumento reconstitutivo de fatos passados que é o processo, esta defeituosa máquina do tempo⁷⁰.

Já é possível desconfiar, conforme 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. Dessa 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 a linguagem e o valor é finalidade inconsciente que o ser humano carente impôs a si, forçoso é concluir que todo produto da linguagem, inclusive 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 entre os valores.

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”⁷¹ sofre uma nova e decisiva depuração, vez que

é nele que tanto as investigações empreendidas pelo Estado-polícia quanto a pré-compreensão da autoridade policial e do membro do Ministério Público⁷² exercerão uma grande interferência sobre o caso a ser relatado no instrumento acusatório (denúncia ou queixa-crime), o qual 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, já triplamente selecionado. Selecionado pela pré-compreensão⁷³ da autoridade policial, pela investigação policial⁷⁴ e pela pré-compreensão⁷⁵ do membro do Ministério Público. E excluída, em todas as situações, a possibilidade de o caso ter sido selecionado, ainda, pelo interesse da autoridade policial ou do membro do Ministério Público em utilizá-lo como escada de ascensão profissional (HASSEMER, 2005, p. 130).

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, 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 cena⁷⁶, desenvolvida ao longo da peça teatral que é o processo⁷⁷. Reside aqui, portanto, outra forma de seleção do caso, não apenas porque todo relato – enquanto palavra escrita – é sempre palavra pensada, cautelosamente escolhida (HASSEMER, 2005, p. 179), mas, também, porque toda cena, tomada como palavra falada, é sempre palavra declamada, emotivamente veiculada, mímica e gestualmente expressada e, também por isso, manipulada (Idem). 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 (Idem).

Ocorre, contudo, que a cena em que se transforma o caso e que irá integrar o ato de decisão judicial não é protagonizada pelas “partes”⁷⁸ 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 (SCHNEIDER; SCHROTH, 2002, p. 517).

Tal afirmação poderia soar arbitrária se o processo fosse compreendido como um espaço de livre discurso, em que é dada aos sujeitos processuais a livre possibilidade de participação na elaboração do ato de decisão judicial⁷⁹. Todavia, se se levar em consideração que o ato de decisão judicial possui uma estrutura entimemática⁸⁰; que a linguagem é um catálogo de metáforas⁸¹ construídas de forma instintiva; que a comunicação é uma improbabilidade (LUHMANN, 2006, p. 42-43); 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 instrução⁸², 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 racionalidade⁸³. “Enquanto a gramática despertar a fé dos ingênuos, o ser huma-

no não estará livre de Deus” (NIETZSCHE, 2006, p. 17).

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 vivenciadas⁸⁴. 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 (DAMÁSIO, 1996, p. 184), 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” (NIETZSCHE, 2006, p. 18).

Diante disso, se o próprio ato de decisão judicial e a norma

178

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-juiz por meio do direito de ação [...]

que dele resulta não são espaço de livre discurso⁸⁵ ou de livre possibilidade de participação⁸⁶, o que dizer do caso compreendido pelo magistrado⁸⁷ 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 Ministério Público ou pelo querelante em sua petição inicial. O caso que integra a norma concreta é o caso utilizado pelo ato de decisão judicial (SCHNEIDER; SCHROTH, 2002, p. 515). Se existisse um caso “real”⁸⁸, 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? (SCHNEIDER; SCHROTH, 2002, p. 516) O caso que integra a norma concreta é o caso compreendido pelo magistrado (Idem, p. 515)⁸⁹. 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 prin-

cípio da correlação entre a acusação e a sentença⁹⁰ é uma ficção racionalista de base iluminista e que desconhece o caráter metafórico da linguagem, o princípio do livre convencimento motivado⁹¹ é uma autorização disfarçada para o caráter irracional do ato de decisão judicial, expressamente prevista pelo texto legal⁹².

5 O TEXTO E A IDEOLOGIA

O magistrado, ao elaborar a sua decisão, utiliza-se do texto⁹³ da lei, também é certo que a decisão é constituída, ainda, pelo caso compreendido pelo juiz (DIAS, 2004, p. 312) e pelo valor ideologicamente controlado e disseminado por meio do senso comum. Sempre que o tema relativo ao texto de lei e sua possível capacidade de vincular⁹⁴ o magistrado é trazido à baila, os defensores do texto⁹⁵ apressam-se em afirmar o caráter vinculador do texto. 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 metáfora para o contraste entre um estado imaginário de poder, domínio e controle totais e a própria impotência atual” (RORTY, 2005, p. 108), logo se percebe que o ato de decisão judicial não passa “de uma reação aos estímulos emitindo frases que contêm sinais e ruídos...” (Idem, p. 118). O “enfoque legalista (paleopositivista) não é outra coisa, senão que um *mecanismo de defesa* que o julgador lança mão para não introjetar sua *sombra*” (LOPES JR., 2009, p. 324)⁹⁶.

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 (RORTY, 2005, p. 118). 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 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 (BAUMAN, 1998, p. 161-162). A razão é uma enciclopédia labiríntica⁹⁷.

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 par-

tir 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 perpassa as diversas gerações ao longo da história e que reclama a produção desse catálogo de leis denominado “ordenamento jurídico”. Indaga-se: o que seriam as constituições 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 caso, o juiz encontra uma variedade de indicações normativas e normatizantes”, que, apesar de não terem a natureza de lei, “lhe ‘vincula’ amplamente e com conseqüências sérias” (HASSEMER, 2005, p. 270)⁹⁸.

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. 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 (SCHNEIDER; SCHROTH, 2002, p. 516) em que se encontra enredado o magistrado quando da construção de sua decisão, a qual será sempre decorrência de sua pré-compreensão⁹⁹.

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 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 (HASSEMER, 2005, p. 241). 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” (Idem, p. 242).

O terceiro argumento a sustentar o caráter não-normativo do texto da lei é o de que a crença numa linguagem formal, desinjetada 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 (Idem, p. 245). Isso resulta de alguns motivos.

O primeiro 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 de o texto da lei empregar uma linguagem exclusivamente formal, esta circunstância não tem a capacidade de vincular nem a margem semântica das palavras (Idem, p. 246), dada sua índole simbólica¹⁰⁰, nem a possibilidade de surgimento de novos vocábulos ou de novos significados para um mesmo significante (Idem, p. 246), vez que toda palavra é o registro catalogado de uma experiência pragmaticamente vivenciada (DE MAN, 1996, p. 26). “Nenhum conhecimento nos diz nada sobre a ‘natureza’ dos textos ou a ‘natureza da leitura’. Pois nenhum dos dois tem uma ‘natureza’” (RORTY, 2005, p. 124).

A terceira razão é que o texto da lei, segundo Hassemer (2005, p. 247), é propositamente poroso e flexível, pois “os problemas de interpretação, com os quais a lei sobrecarrega a jurisprudência, não são casuais, mas intencionais; e as leis [...] devem ser moldadas por uma linguagem viva e flexível”.

Por fim, o quarto e último motivo útil para se desconfiar da capacidade de uma linguagem formal 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 palavras¹⁰¹. É dizer, “se há alguma aparência de razão na linguagem, esta se limita à sintaxe” (DE MAN, 1996, p. 29), pois nem mesmo a linguagem matemática é capaz de vincular os matemáticos, haja vista que “a lógica que há na equação se encerra no momento da descrição, da descrição do evento real” (Idem, p. 34)¹⁰².

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^{103,104}. 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. Isso 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-juiz por meio do direito de ação, vez que, dessa forma, estará criada a aparência ideal de vinculação do juiz e, por isso, de submissão

o 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 judicial¹⁰⁵. 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 lei¹⁰⁶. Contudo, é essa 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” (WARAT, 1994, p. 146).

6 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” (NEVES, 2003, p. 345). 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 no texto” (Idem, p. 344). A norma, resultado da interação dialética entre texto da lei, caso compreendido pelo magistrado e valor inconsciente finalístico¹⁰⁷, mostra, assim, a sua função de ser mensagem comunicada¹⁰⁸, ideologicamente controlada¹⁰⁹ e racionalmente justificada¹¹⁰, ainda que, no que toca a este último aspecto, de forma apenas aparente¹¹¹, como a máscara de Baudelaire¹¹². Eis o que é o discurso da norma genérica com a lei identificada: “uma forma estereotipada, altamente persuasiva, [...] mas sempre alienada” (WARAT, 1994, p. 144).

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” (LOPES JR., 2009, p. 330). Isso 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* (ROSA, 2006, *passim*) na qual consiste o ato de decisão judicial. Sendo certo que “a interpretação é uma fotografia da alma do intérprete” (QUEIROZ, 2008, p. 66), a norma não é nunca produto da consciência, pois “a consciência plena é sempre ilusória” (ROSA, 2006, p. 277) e esta é uma das ilusões que permeiam o ato de decisão judicial¹¹³. Por 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” (COUTINHO, 1989, p. 143).

Eclarecido, uma vez mais, o caráter casuístico da norma

e sua relação com o ato de decisão judicial¹¹⁴, 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 ideologia¹¹⁵. Isso 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 improvável¹¹⁶ 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 animais – e o ser humano é um deles –, desdobra-se em reprodução, defesa e alimentação. “Se os homens são diferentes na vida, são semelhantes na morte” (NIETZSCHE, 2000, p. 38).

Nesse 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, dessa forma, preservar o poder do Estado. A finalidade é a de manter com o Estado o monopólio do poder de punição e da resolução dos conflitos selecionados¹¹⁷. Se o Estado é produto do ser humano, é, assim como o ser humano, também irracional. E é irracional porque o Estado não é uma ficção da lei, mas dos seres humanos que o compõem (BURDEAU, 2005, p. 36). 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 que 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 (NIETZSCHE, 2000, p. 8)¹¹⁸.

NOTAS

- 1 “[...] 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” (KELSEN, 1998, p. 263).
- 2 “Nessuno, con gli occhi aperti, crede più all’identità, testo-norma, illusoriamente asserita dagli illuministi devoti all’Loi e relativa mitologia, o alle fiabe spacciate dall’Ecole de lexègèse sull’ermeneutica-scienza esatta: da una formula escono tante norme quante sono le teste dissidenti finché non sopravvenga un fatto abrogativo, i testi durano immobili ma il senso muta e correlativamente variano le norme, nel tempo e nello spazio [...]” (CORDERO, 1986, p. 17-18).
- 3 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” (BETTI, 2007, p. 64).
- 4 “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” (KELSEN, 1998, p. 265).
 - 5 “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’” (KELSEN, 1998, p. 391).
 - 6 “[...] 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” (KELSEN, 1998, p. 394).
 - 7 “[...] 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 inteligência, 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” (KELSEN, 1998, p. 391).
 - 8 “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” (KELSEN 1998, p. 272).
 - 9 “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” (KELSEN, 1998, p.272-273).
 - 10 Como ressalta Katharina Sobota (1996, p. 255), explicitar a norma genérica é devesar 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.
 - 11 “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” (WARAT, 1994, p. 149).
 - 12 Empregou-se aqui o termo “mentira” não com o intuito panfletário, mas porque o próprio Kelsen (2008, p. 238) o utiliza no trecho que segue transcrito logo após o emprego da palavra.
 - 13 Alf Ross (2003, p. 347) 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”.
 - 14 “Aquilo que consta dos fundamentos da decisão (exposição) não é necessariamente o que produziu o conteúdo e o resultado dessa decisão (produção)” (HASSEMER, 2002, p. 300).
 - 15 “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” (ROSS, 2003, p. 182).
 - 16 “[...] o caráter ilusório da tese de que a atividade dos juizes é um conhecimento racional da lei por aplicar” (PALOMBELLA, 2005, p. 212).
 - 17 “O papel criador desempenhado pelo juiz na administração da justiça [...]” (ROSS, 2003, p. 181).
 - 18 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 que essa escolha é fruto do consenso entre os agentes da fala. Por isso, como quer Nietzsche (1995, p. 94-96), a origem da língua não é a consciência, pois a consciência é produto da linguagem. A origem da língua é o instinto.
 - 19 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.
 - 20 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) (NIETZSCHE, 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” (BARRETO, 2001, p. 35).
 - 21 “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” (REALE, 2002, p.564). Discorda-se 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.
 - 22 A angústia do ato de decisão judicial não é a sua justificação, mas contemplar, de forma aparentemente racional, todos os desejos envolvidos na escolha (ROSS, 2003, p. 349).
 - 23 “Qualquer língua é um dicionário de metáforas extintas” (NIETZSCHE, 1995, p. 71).
 - 24 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 (NIETZSCHE, 1995, p. 94).
 - 25 “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” (REALE, 2002, p. 207).
 - 26 Diverge-se do entendimento sufragado pelo professor Aury Lopes Jr., da PUC-RS, pois, se o Estado é um cassino, o vencedor do processo é sempre o Estado-juiz.
 - 27 A ideia mencionada no trecho é a subversão de uma famosa citação de Einstein (1981, p. 10), o qual afirma que “Deus não é uma criança levada que joga dados com o universo”.
 - 28 “[...] 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” (ADEODATO, 2007, p. 233).
 - 29 “[...] a racionalidade é incompleta, e resulta seriamente prejudicada, quando não existe nenhuma ligação com o sentimento” (LOPES JR., 2009, p. 323).
 - 30 “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” (DAMÁSIO, 1996, p. 276).
 - 31 “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 ideia que o acompanha. [...] O direito não é só uma coisa que se conhece, é também uma coisa que se sente” (BARRETO, 2001, p. 38).
 - 32 “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” (FERRAZ JR., 2007, p. 360).
 - 33 “O direito não é uma entidade metafísica, anterior e superior ao homem” (BARRETO, 2001, p. 31).
 - 34 “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 ideia 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” (KELSEN, 2005, p. 11).
 - 35 “A rigidez que a ideologia introduz nas avaliações não quer dizer que ela seja imutável” (FERRAZ JR., 2007, p. 360).
 - 36 Os valores não se justificam de forma racional (ROSS, 2003, p. 349).
 - 37 Se é certo que a ideologia mantém uma relação com o poder, também é

- certo que o poder não é força, mas controle (FERRAZ JR., 2007, p. 360-361).
- 38 “Na realidade, o funcionamento da inteligência é, em si, uma actividade baseada em emoções” (ROSS, 2003, p. 345).
- 39 “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” (KELSEN, 2005, p. 11-12).
- 40 “Para persuadir é necessário que os receptores possam reconhecer-se ideologicamente nos argumentos. Devem encontrá-los coincidentes com suas convicções profundas” (WARAT, 1994, p. 149).
- 41 “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” (FERRAZ JR., 2007, p. 365).
- 42 “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 diretrizes que têm somente uma força hipotética, com o pressuposto de um motivo irracional determinado (interesse, atitude)” (ROSS, 2003, p. 346-347).
- 43 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 (ROSS, 2003, p. 185).
- 44 “[...] 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 colora 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” (ROSS, 2003, p. 349-350).
- 45 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” (WARAT, 1994, p. 151).
- 46 “[...] também o juiz é motivado por exigências sociais e por considerações sociológico-jurídicas” (ROSS, 2003, p. 186-187).
- 47 “Sempre que usamos a linguagem no nosso cotidiano ordinário, utilizamos, consciente ou inconscientemente, os valores emocionais das palavras” (ROSS, 2003, p. 362).
- 48 “[...] 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” (ROSS, 2003, p. 175).
- 49 “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 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” (KELSEN, 2008, p. 243).
- 50 “[...] 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” (KELSEN, 1998, p. 23).
- 51 A linguagem possui uma triplíce função: informar (criar uma aparência de racionalidade), comover (se aproveitar das emoções) e conduzir (direcionar o comportamento em sociedade) (WARAT, 1994, p. 150).
- 52 “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” (REALE, 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.
- 53 “[...] 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” (HASSEMER, 2005, p. 127).
- 54 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” (REALE, 2002, p. 207).
- 55 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” (KELSEN, 1998, p. 21).
- 56 “Os homens foram pensados como ‘livres’, para que pudessem ser julgados e punidos, para que pudessem ser culpados. [...] O cristianismo é a metafísica do carasco [...]” (NIETZSCHE, 2006, p. 23).
- 57 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”? (DERRIDA, 2002, p. 24).
- 58 “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” (KELSEN, 1998, p. 24).
- 59 “[...] um caso (ou também: um fato) é um evento, um acontecimento real, o qual está sujeito à apreciação jurídica” (HASSEMER, 2005, p. 35).
- 60 “A tarefa do jurista é [...] decidir ‘casos’” (HASSEMER, 2005, p. 35).
- 61 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” (HASSEMER, 2005, p. 37).
- 62 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” (HASSEMER, 2005, p. 127).
- 63 Provas tarifadas são provas impostas por lei em determinadas situações, como, por exemplo, o exame de corpo de delito.
- 64 “O caso trazido ao processo é um afastamento da realidade e um construtivismo do trabalho científico” (HASSEMER, 2005, p. 39).
- 65 “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” (HASSEMER, 2005, p. 125). “A linguagem é um instrumento de estabilidade social” (LUHMANN, 1980, p. 123).
- 66 “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” (HASSEMER, 2005, p. 129).
- 67 Note-se a distinção entre indagar-se quanto ao porquê da seleção do conflito e quanto aos fatores sociais que motivam esta seleção. Caso a indagação fosse relacionada a quais fatores sociais motivam a seleção do conflito, necessária seria uma análise sociológica mais detalhada sobre a questão. Contudo, como tal objetivo foge aos limites do presente trabalho, ele não será aprofundado, apesar de muitíssimo interessante.
- 68 “Os autos contêm mais informações e estabelecem mais questões que a apresentação sistemática” do texto de lei (HASSEMER, 2005, p. 43). E, logo a seguir, Hassemer assevera que “o caso dos autos não é pura realidade” (Idem, 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” (Idem, p. 48).
- 69 O tempo também é fator que seleciona o conflito social, pois, na sociedade presidida pela eficiência e norteadada 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 de 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 performance (LYOTARD, 2006, p. 86); (BAUDRILLARD, 2007, p. 160-161).

- 70 Defeituosa tanto porque todo processo é a re-constituição de um fato preterito quanto porque existe sempre a possibilidade de o processo agravar o conflito social, ao invés de “solucioná-lo”.
- 71 “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” (RUSSELL, [1939], p. 13).
- 72 “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” (HASSEMER, 2005, p. 128-129).
- 73 “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” (HASSEMER, 2005, p. 131).
- 74 Veja-se o exemplo das cifras ocultas. Sobre o assunto, consulte-se Baratta (1999).
- 75 “[...] 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 seqüência: na linguagem cotidiana e moral sealaria 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” (HASSEMER, 2005, p. 132-133).
- 76 “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’” (HASSEMER, 2005, p. 178).
- 77 “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” (HASSEMER, 2005, p. 178).
- 78 Utiliza-se aqui o conceito de “parte” apenas como forma de facilitação da compreensão. Tem-se conhecimento quanto à inadequação da 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.
- 79 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” (HASSEMER, 2005, p. 191).
- 80 “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. Adequiam-se muito bem para servirem de meios de persuasão e, com freqüência, 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” (ROSS, 2003, p. 361).
- 81 “As metáforas desempenham um papel importante. [...] A metáfora, a melodia e a magnitude do coro se combinam aqui para produzir um poderoso estimulante [...]” (ROSS, 2003, p. 361).
- 82 “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 conjugação 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” (FERRAJOLI, 2002, p. 109-110).
- 83 “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” (ROSS, 2003, p. 361).
- 84 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 (HASSEMER, 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” (WARAT, 1994, p. 141).
- 85 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” (HASSEMER, 2005, p. 188).
- 86 “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 (imantes) que nós podemos fazer em nossa realidade, são ilusões necessárias” (HASSEMER, 2005, p. 188).
- 87 “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” (FERRAJOLI, 2002, p. 463).
- 88 Todo caso é um evento valorativa e linguisticamente (abismos gnosiológico e axiológico) intermediado.
- 89 “De grande significado, porém, é o reconhecimento de que também a averiguação do fato delitivo é uma função do tribunal plenamente constitutiva” (KELSEN, 1998, p. 265).
- 90 Em sentido contrário, consulte-se Badaró (2000).
- 91 Em sentido contrário, consulte-se Gomes Filho (2001).
- 92 Código de Processo Penal, art. 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”.
- 93 “[...] 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. [...] Esse 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” (RORTY, 2005, p. 110).
- 94 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 (COUTINHO, 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, dado 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 tal ato a característica de um ato racional, mas, sim, de um ato instintivo.
- 95 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 *intention 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" (RORTY, 2005, p. 112).
- 96 Para maior aprofundamento sobre o tema, consulte-se, ainda, Prado (2003, p. 110).
- 97 "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" (RORTY, 2005, p. 118).
- 98 "[...] 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 [...]" (HASSEMER, 2005, p. 269).
- 99 "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 ideia 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'" (BETTI, 2007, p. 62).
- 100 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 de 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, recalado)', a concepção de simbolismo freudiano refere-se ao sentido indireto e figurado dos signos, significado em regra de caráter sexual" (NEVES, 2007, p. 9-10).
- 101 "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'" (HASSEMER, 2005, p. 249).
- 102 "[...] 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)" (HASSEMER, 2005, p. 254).
- 103 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" (KELSEN, 1998, p. 117).
- 104 "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" (WARAT, 1994, p. 146).
- 105 "O que interessa ao poder opressor é enfraquecer os oprimidos mais do que já estão, ilhando-os, criando e aprofundando cisões entre eles, atra-
- vés 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, 1982, p. 165-166).
- 106 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.
- 107 Em comparação ao abismo gnosiológico trabalhado em outro texto, é possível afirmar, então, que, enquanto a norma seria a ideia, e o texto da lei seria o símbolo, sendo ambos elementos do abismo gnosiológico, o caso seria o evento. Com essa comparação, percebe-se o entrelaçamento necessário entre a irracionalidade do ato de 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.
- 108 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 (LUHMANN, 2005, p. 7).
- 109 "A ideologia se apresenta simultaneamente como uma forma de conhecimento da realidade e como um modo de dominação social" (WARAT, 1994, p. 146).
- 110 "Uma tal interdependência entre a metadecisão (e também a metadimensão final) e o conteúdo da decisão é muito conhecida, sobretudo na sociologia da justiça" (SCHNEIDER; SCHROTH, 2002, p. 543).
- 111 "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" (SCHNEIDER; SCHROTH, 2002, p. 541).
- 112 "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!" (BAUDELAIRE, 2002, p. 34).
- 113 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 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. (SOBOTA, 1996, p. 269).
- 114 "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" (SCHNEIDER; SCHROTH, 2002, p. 545).
- 115 "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" (WARAT, 1994, p. 146-147).

- 116 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 (LUHMANN, 2006, p. 42-43).
- 117 O princípio da necessidade do processo penal (LOPES JR., 2008, p. 21).
- 118 "É em nossa natureza selvagem que melhor nos restabelecemos de nosso movimento antinatural [...]" (NIETZSCHE, 2006, p. 4).

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANUÁRIO DO MESTRADO DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE, n. 7. Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. Recife: Editora UFPE, 1996. p. 255.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

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.

BARRETO, Tobias. Introdução do estudo do direito: política brasileira. São Paulo: Landy Editora, 2001.

BAUDELAIRE, Charles. As flores do mal. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BAUDRILLARD, Jean. A sociedade de consumo. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 1975.

BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Tradução: Mauro Gama, Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

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. p. 64.

BURDEAU, Georges. O Estado. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. Rivista di Diritto Processuale, Padova, v. 5, n.1, p. 23-51, 1950.

CORDERO, Franco. Guia alla procedura penale. Torino: UTET, 1986, p. 17-18.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei: ainda! In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, LIMAS, Martonio Mont'Alverne Barreto (org.). Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DAMÁSIO, António R. O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano. Tradução: Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DE MAN, Paul. Alegorias da leitura: linguagem figurativa em Rousseau, Nietzsche, Rilke e Proust. Tradução: Lenita R. Esteves. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

DERRIDA, Jacques. O animal que logo sou. Tradução: Fábio Landa. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ECO, Umberto. Interpretação e superinterpretação. Tradução: Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EINSTEIN, Albert. Como vejo o mundo. Tradução: H. P. de Andrade. 9. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana

Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2007.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1982.

GOLDSCHMIDT, James. Principios generales del proceso. Barcelona: EIEA, 1936.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: HESPANHA, Antônio Manuel (coord.). Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Tradução: Marcos Keel e Manuel Secca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do direito penal. Tradução: Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2005.

KANTOROWICZ, Hermann. La definición del derecho. Madri: Revista do Ocidente, 1964.

KELSEN, Hans. A ilusão da justiça. Tradução: Sérgio Tellaroli. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. Tradução: Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2.

LUHMANN, Niklas. A improbabilidade da comunicação. 4. ed. Tradução: Anabela Carvalho. Lisboa: Vega Limitada Passagens, 2006.

LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. Tradução: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília, DF: Editora Unb, 1980.

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.

LYOTARD, Jean-François. A condição-pós moderna. Tradução: Wilmar do Valle Barbosa. Rio de Janeiro: Editora José Olympio, 2006, p. 86.

NEVES, Antônio Castanheira. O actual problema metodológico da interpretação jurídica I. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich. Crepúsculo dos ídolos, ou, como filosofar com o martelo. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. Da retórica. Tradução: Tito Cardoso e Cunha. Lisboa: Vega, 1995.

NIETZSCHE, Friedrich. Humano, demasiado humano. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

PALOMBELLA, Gianluigi. Filosofia do direito. Tradução: Ivone Castilho Bendetti. Revisão técnica: Ari Sólon. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PRADO, Lídia Reis Almeida. O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Millenium, 2003.

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 Sêrvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REALE, Miguel. Filosofia do direito. 20. ed. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

RORTY, Richard. A trajetória pragmatista. In: ECO, Umberto. Interpretação e superinterpretação. Tradução: Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. Decisão penal: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

ROSS, Alf. Direito e justiça. Tradução: Edson Bini. Revisão técnica: Alysso Leandro Mascaro. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

RUSSELL, Bertrand. *Aparência e realidade*. Tradução: Álvaro Nunes. São Paulo, [1939]. Disponível em: http://ateus.net/ebooks/acervo/aparencia_e_realidade.pdf. Acesso em: 21 abr. 2009.

SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. (org.). Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Tradução: Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! Tradução: João Maurício Leitão Adeodato. Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito, Ed. UFPE, Recife, n. 7, p. 251-273, 1996.

WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v.1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação.

WEBER, Max. Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica: Gabriel Cohn. Brasília, DF: Editora Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 2.

Artigo recebido em 23/5/2023.

Artigo aprovado em 10/7/2023.

Bernardo Montalvão é Analista Previdenciário do INSS lotado na Advocacia-Geral da União. Professor-Associado nível I da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-doutor em Direito juntado à FDV (Faculdade de Direito de Vitória – Espírito Santo). Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFBA. Mestre em Direito Público pela UFBA. Pós-graduado *lato sensu* em Ciências Criminais pela Fundação Faculdade de Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação da UFBA. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL).