

O quesito de absolvição do réu pelo conselho de sentença no procedimento do júri

Marcelo Elias Sanches*

Sumário

Introdução; 2 Análise Jurídica, 2.1 Clemência estatal; 2.2 A instrumentalidade processual; 3 Análise política; Conclusão; Bibliografia.

Introdução

A quesitação de absolvição do réu em sede de julgamento pelo conselho de sentença¹ nada mais é que a clemência estatal exercível exclusivamente pelo chefe de Estado – o presidente da República, logo é inaceitável que se tenha transplantado para o Poder Judiciário tal permissão, em clara violação direta e imediata da Constituição Republicana de 1988, e, o que é pior, foi uma norma jurídica sancionada pelo próprio chefe de Estado que não se apercebeu da perda de atribuições institucionais². Entendo que a semântica do vocábulo ‘indulto’ presente na norma constitucional também engloba a hipótese da *graça* presidencial.

Clemência estatal é: *A autocorreção da justiça*, na posição de Rudolf von Jhering³.

Entendo, modestamente, que não há espaço institucional para que se afirme a mescla histórico-cultural de sistemas jurídicos romano-germânico e o anglo-saxão neste tópico. É absolutamente imperativo que se entenda a realidade juspolítica-institucional do país face à adaptabilidade desta forma de pensar.

Estou convencido que não há que se falar de interação de sistemas jurídicos, sem que se avalie todo o contexto nacional, sendo extremamente singelo, senão pueril, a afirmação de interação de sistemas sem o mínimo respeito e harmonia constitucional, logo importar um instituto jurídico de um sistema jurídico que nasceu dentro de sua historicidade cultural peculiar e transplantar irresponsavelmente para o Brasil é, no mínimo, criar distrofias e patologias sistêmicas, que é o que já ocorreu⁴.

Se houvesse o mínimo de maturidade institucional da República, tal situação não teria ocorrido, porém, existem mais arautos das misérias humanas que sábios sensatos e a normatividade assim está para a Academia.

2 Análise jurídica

2.1 Clemência estatal

Entendo que ao se retirar o batizado formal de quesito de julgamento para absolvição do réu, materialmente⁵ nada mais é que a *clemência do Estado*, logo é um assemelhado da *graça* presidencial (art. 84 da CR/1988), senão ela própria travestida elegantemente na norma jurídica. *É ato político*.

Na clemência estatal há uma transcendentalização decisória jurisdicional para a *decisão política*, ou seja, sai-se da plena racionalidade lógico-formal da decisão jurisdicional de aplicação do Direito para um processo político, que se cria numa precisa temporalidade institucional.

* Advogado da União Federal. Mestre em Direito Político e Econômico. Especialista em Direito Público, Direito Processual Civil e Direito Tributário.

¹ Art. 483 – Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

[...]

III – se o acusado deve ser absolvido”

² O art. 84, XII, da Constituição Republicana de 1.988 dispõe:

“Art. 84 – Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;”

³ *A Finalidade do Direito*. Campinas: Bookseller, 2002, Trad. Heder K. Hoffmann, tomo I, p. 284-285. Cf. ADPF 153/DF o voto do Min. Celso de Mello-STF e, principalmente, do Ministro-Relator Eros Grau às fls. 23 quando se refere à tirania dos valores: “[...] Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor [valor de quem se arrogue a tanto]. É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submissos à *tiranía dos valores*. Então, como diz Hartmann, quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametramente opostos. [...]” E assim é a teologia política do extremismo garantista.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, tomo I, p. 141: “[...] Jamais conhecerá verdadeiramente o Direito Processual aquele que se contentar com belas colocações ideológicas, menosprezando conceitos e ignorando os institutos e as estruturas básicas do sistema.”

⁵ Ordem jurídica concreta desvestida do aspecto lógico-formal positivado.

Há, portanto, um processo político em um contexto político-social prévio ou simultâneo ao ato de misericórdica, logo há clara volatilidade de tendências e dissensos sociais no exercício do instituto juspolítico pelo titular constitucional.

O referido quesito de absolvição é a absolutização da clemência e inviabilizante da própria razão de ser e existir da instituição do júri.

Vê-se claramente que há um momento processual específico e necessário a ser cumprido, que se separa do restante da racionalidade do julgamento fracionado, culminando em um quesito totalmente distante do contexto da evolução racional do julgamento.

Esta posição nada mais é que a substituição da *lei*, no sentido de normatividade, pela *política*⁶, da justiça jurídica pela justiça política, na correta lição de Otto Kirchheimer – *Justicia Política – empleo del procedimiento legal para fines políticos*.

Entendo, portanto, que ocorreu a inserção do *decisionismo essencialmente político* no lugar de ato racional, lógico-científico jurisdicional, situação esta que se aproxima do instituto político-jurídico da clemência estatal⁷.

2.2 A instrumentalidade processual

A forma de quesitação do julgamento do júri possui uma escalada ascensional rumo à decisão estatal final, viabilizada pelo processo, como instrumento da

jurisdição para a paz social com justiça (Cândido Rangel Dinamarco⁸).

A estrutura da quesitação não se limita ao singelismo de sua mecânica, formalismo ou estratégia para uma certa decisão estatal casuística e puntual.

O processo é instrumento de poder do Estado e só o Estado determina sua operabilidade concreta e viabilizante do ato soberano decisório, no sentido de ponte institucional (política) de afirmação da ordem política concreta entre o *passado*, o *presente* e o *futuro*, realizando a dosimetria (o calibramento) do leito racional (lógico-científico) civilizacional (Sérgio Augusto Zampol Pavani⁹), sendo o instaurador do *nomos* da Terra (Carl Schmitt¹⁰ e Paulo Ferreira da Cunha¹¹) na nova realidade fática. É o estatuto de poder do Estado

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed.. São Paulo: Malheiros, p. 325, 330 e 332: “[...] É comum e de absoluto acerto a afirmação de que o processo, como conjunto de formas ordenadas ao procedimento e pautadas pela garantia do contraditório, constitui o método estabelecido pelo direito para que a jurisdição seja exercida de modo correto, adequado e seguro; trata-se da *dinâmica do poder*, entendido este em sua manifestação *sub specie jurisdictionis*. O caráter instrumental do *processo*, enquanto categoria jurídica, constitui no entanto uma característica endossistemática que não coincide nem tem a riqueza desta outra de que se cuida e que é a instrumentalidade do *processo*, entendido agora como a expressão resumida do próprio *sistema processual*; essa, sim, é uma perspectiva exterior, em que o sistema é examinado pelo ângulo externo, na sua inserção na ordem jurídica, política e social. [...] o *processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais*. [...] É indispensável colher do mundo político e do social a essência dos valores ali vigorantes, seja para a interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito crítico chegar a novas soluções a propor; o juiz e o cientista do direito são cidadãos qualificados, de quem a sociedade espera um grau elevado de participação política, revelando as mazelas do direito positivo e levando aos centros de decisão política os frutos de sua experiência profissional, com propostas inovadoras. [...]” e à p. 25: “[...] É a *instrumentalidade* o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa do processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade de apreciação do resultado da instrução.” (grifos nossos)

⁹ *Estado e Processo Civilizatório*. São Paulo: Editora MP, 2009, p. 301 e ss.

¹⁰ *El Nomo de la Tierra en el Derecho de Gentes del “Ius publicum europaeum”*. Granada: Comares, 2002, Trad. Dora Schilling Thou, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Colección: Crítica del Derecho, Sección: Arte del Derecho, v. 41, p. 31 e ss.

¹¹ *Repensar a Política – Ciência & Ideologia*. 2. ed., revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2007, p. 138 e ss.

⁶ Cf. KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Granada: Comares, 2002, Estudio preliminar “Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-político de Kelsen”: José Luis Monereo Pérez, Tradução: Luis Legaz Lacambra, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Coleção: Crítica del Derecho, Seção: Arte del Derecho, v. 24, p. 43 e ss.; BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. 1. ed., 12ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2000, Organização: Michelangelo Bovero, Tradução: Daniela Beccaccia Versiani, p. 67; SARTORI, Giovanni, *Elementos de Teoría Política*. Madrid: Alianza, 2007, Trad. Maria Luz Morán, p. 233 e ss.; OAKESHOTT, Michael. *El racionalismo en la política y otros ensayos*. México: Fondo de Cultura Económico. 2000, Prólogo: Timothy Fuller, Tradução: Eduardo L. Suárez Galindo, Sección de Obras de Política y Derecho, p. 203 e ss. EMMERICH, Gustavo Ernesto, *Qué es la Ciencia Política ?*. In: EMMERICH, Gustavo Ernesto; OLGUÍN, Víctor Alarcón (coords). *Tratado de Ciencia Política*. Barcelona: Anthropos e Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, Obras Generales, 2007, p. 17 e ss.; BADIA, Miquel Caminal. *La Política y la Ciencia Política*. In: *Manual de Ciencia Política*. BADIA, Miquel Caminal (editor). 3. ed. – 2ª reimpressão. Madrid: Tecnos, 2008, p. 21 e ss.

⁷ Cf. KIRCHHEIMER, Otto. *Justicia Política – empleo del procedimiento legal para fines políticos*. Granada: Comares, 2001, Tradução: R. Quijano, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Coleção Crítica del Derecho, Sección Arte del Derecho, p. 505 e ss.; MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 9ª edizioni, rielaborata ed aggiornata. Padova: CEDAM, 1976, Manuali di Scienze Giuridiche, Tomo II, p. 776 e ss.; CUOCOLO, Fausto. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 12ª edizione riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè, 2003, p. 694 e ss.

e o magistrado seu *Führer* (Francisco Wildo Lacerda Dantas¹²), nascendo o *Führerstaat* jurisdicional.

Em primeira análise tem-se que se escolher a teoria processual como premissa inicial, que, neste ensaio, será a *instrumentalista* adotada por Cândido Rangel Dinamarco a que melhor viabiliza o conhecimento da questão posta: o quesito sobre absolvição do réu em face do contexto do julgamento.

Processo é instrumento de Poder para o exercício da jurisdição legitimante da ordem¹³ e da ética (a Metaética¹⁴), efetivado num Estado de Justiça. Processo é instrumento *do* Estado e *para* o Estado e não um brinquedo pirotécnico nas mãos das partes.

O quesito absolvição é o pináculo ascensional do julgamento pelo conselho de sentença em uma espiral condicionada pelos fatores: *tempo, espaço e razão humana na História*, gerando uma estrutura racionalizada estatal. É o *Tempo dos Homens* (Antônio Barbas Homem¹⁵, Albert Einstein¹⁶ e

G.W.F.Hegel¹⁷), o *Nomos na Terra* (Carl Schmitt) e a razão humana produto da História Universal (G.W.F.Hegel). É o tópico orgânico da governabilidade processual: desde o recebimento da denúncia até ao trânsito em julgado da sentença ou acórdão é o processo o instrumento viabilizante da ordem e da ética.

A inserção do quesito absolvição criou uma patologia na organicidade do processo¹⁸, pois entendo que a cada quesito respondido pelo conselho de sentença gera sua transcendência para o próximo formulado em uma linha lógica consequencial, superando uma etapa cada um. Já o referido quesito absolvição gera uma antinomia em face da racionalização do julgamento já que subverte a ordenatividade da decisão.

A ordenatividade da decisão estatal tem sua própria logicidade¹⁹ fundante na perspectiva de que o instrumento serve à Jurisdição, que esta seja séria e projete credibilidade e segurança jurídica, não sendo permitida a existência de tal quesito patológico dentro da constitucionalidade, impedindo a máxima eficácia da institucionalização do juri. Eis aí o cerne da inconstitucionalização da norma jurídica contendo o umbral do inferno na instrumentalidade do processo.

No processo de julgamento pelo conselho de sentença há uma verticalidade objetiva temporal consolidada na quesitação, ou seja, há, objetivamente, uma identificação de momentos decisórios que se consolidam e se auto-superam numa temporalidade, em uma ascensionalidade finalística. Há uma identificação objetiva no horizonte temporal do *leito de racionalidade processual*, que se estreita e enobrece até à decisão final, tanto assim é que, como o processo é instrumento de Direito Público (Estatuto de Poder do Estado), não é crível que este elemento de quesitação subverta e inviabilize a ordem estatal²⁰ em manter

¹² *Teoria Geral do Processo (Jurisdição), Ação (Defesa) e Processo*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2007.

¹³ MARTÍNEZ, Soares. *Filosofia do Direito*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. 1. ed., 12ª tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, Tradução: Daniela Beccaccia Versiani, p. 181.

¹⁵ *O Espírito das Instituições – a história do Estado*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 41, 112 e ss.

¹⁶ “Las tres dimensiones básicas de la experiencia jurídica pudieran ser completadas por una cuarta dimensión. Es notorio que, en la física contemporánea, la teoría de la relatividad de Einstein há postulado al tiempo como una cuarta dimensión del universo. A diferencia de la mecánica clásica. La teoría de la relatividad concibe el espacio y el tiempo como coordenadas de un universo tetradimensional. Se ha advertido que la función del tiempo como nueva dimensión espacial no ha significado que el tiempo pase a ser concebido “como si fuese espacio”, ya que el universo tetradimensional es, más bien, un universo de 3 + 1 dimensiones. La teoría de la relatividad, en definitiva, más que “espacializar” el tiempo lo que há hecho es “temporalizar” el espacio (ver Einstein, 1973; Russell, 1992). La consideración de la teoría de la relatividad invita a esbozar un cierto paralelismo entre la función que se asigna al tiempo en la nueva física y el papel de la historia en el derecho. También en el derecho pudiera hablarse de un *tetradimensionalismo*, es decir, de una experiencia jurídica integrada por tres (sociedad, norma, valor) más una (historia) dimensiones. Esta dimensión permite “temporalizar” a las otras tres, contextualizándolas históricamente. Desde una perspectiva puramente teórica o metodológica es posible una concepción “sincrónica” del tridimensionalismo jurídico, pero la imagen real y concreta de la experiencia jurídica es necesariamente “diacrónica” y, por ello, tetradimensional. Como toda actividad humana, la experiencia jurídica se desarrolla en el tiempo. El tiempo es un factor que gravita de forma inexorable en los procesos de creación, interpretación y aplicación del derecho.” [...] “Desde esta perspectiva se puede advertir que el derecho es historia y, correlativamente que la historia es derecho. Lo primero há sido certeramente expresado por Gerhard Husserl, al indicar que “cada sistema jurídico representa una determinada fase en la historia dela humanidad. Los ordenamientos jurídicos

tienen historia y ellos mismos son historia” (1955, 10). Lo segundo constituye el nervio de una obra estimulante de Guido Fassò que, precisamente, lleva por título *La storia come esperienza giuridica*; porque la experiencia jurídica constituye un ingrediente básico e insoslayable de los procesos sociales y culturales de los hombres que conforman la historia (1953, 5 ss. Y 144 ss.)” (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Teoría del Derecho – una concepción de la experiencia jurídica*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2009, Colaboradores: Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas e Antonio Ruiz de la Cuesta, p. 40).

¹⁷ ARANTES, Paulo Eduardo. *HEGEL – A ordem do tempo*. 2. ed.. São Paulo: Hucitec e Polis, 2000, Tradução e prefácio: Rubens Rodrigues Torres, Coleção Teoria 3.

¹⁸ O que há é a degeneração, a perversão do Direito pela Política, pelo poder político ideológico e elegantemente estabelecido e projetando uma nova ordenatividade decisória.

¹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed.. São Paulo: Noeses, 2008, p. 67 e ss.

²⁰ Ensinam Sandra Chaparro y Rafael Del Águila: “Lo que en realidad se nos muestra, de la mano de este ejemplo dela historia del

idôneo seu instrumental, frustrando principalmente o exercício do Poder.

Em assim sendo, o Estado perde a governabilidade processual do julgamento, o estabelecimento da ordem jurídica concreta naquela temporalidade visando a unitariedade política (supremacia estatal na ótica política), pois, em uma análise da racionalização do Poder Estatal, há a hipertrofia de poder em determinado momento da quesitação que ultrapassa a própria soberania do júri, indo além da própria historicidade do Estado na acepção de *limites de poder de um órgão seu*, atingindo uma *decisão política*, já dentro do processo, ou seja, o fundamento político e a legitimidade do poder do júri transcende o já contido na normatividade constitucional, já que nesta puntualidade processual, encontra-se, elegantemente instituído, um *decisionismo político*, não vinculado àquela historicidade que lhe é anterior decorrente da ausência de fundamentação do quesito, bastando o decidir íntimo e de acordo com as convicções de cada jurado *sem vínculo* com o passado processual já existente e estabelecido no processo de julgamento.

O referido quesito de absolvição, por ato estatal legiferante, hipertrofiou a *dimensão ética* do processo cuja origem daquele quesito tornou-se privada, ou seja, a norma jurídica processual possibilitou a *permeabilidade da eticidade privada*, ao privilegiar somente uma das partes processuais, a do acusado, fundamentando-se em ideologia²¹ anarco-libertarista

pensamiento, es un cambio de valores que, como todos los grandes cambios, fue un proceso de transformación lento, de adaptación necesaria, fruto tanto del pensamiento abstracto como de la realidad histórica. La teología política medieval partía de las nociones de unidad en la diversidad y de armonía. El marco en el que se evolucionaba hacia la unidad era otro concepto denso: la *Providencia*, ese gran Plan que rige el mundo creado por Dios al principio de los tiempos, que llevará al mundo a su consumación señalando a todo el modo y momento de operar según su naturaleza. El Plan es Historia de Salvación para la humanidad; descubrir las leyes de la historia para el correcto desenvolvimiento de la naturaleza siempre fue la prioridad máxima de la teo-política medieval. *La Providencia legítima las acciones políticas*, abre las puertas a una cierta idea de progreso moral que depende de la constitución de comunidades políticas basadas en los principios y valores adecuados para los seres humanos según su naturaleza. La teopolítica es una empresa moral basada en la sociabilidad y la naturaleza, originalmente bondadosa, de los seres humanos.” *Estudio Preliminar*, In: VIROLI, Maurizio. De la Política a la Razón de Estado – La adquisición y transformación del lenguaje político (1250-1600). Madrid: Akal, 2009, Traducción: Sandra Chaparro Martínez, Akal Universitaria, Serie Historia Moderna, v. 289, p. 5-6. É neste sentido teopolítico que a Providência divinizada, antropomorfizada no Conselho de Sentença, se insere, ou seja, numa acepção de ato de perdão, resultando num ato teopolítico moralizante do pecador, que agiu conforme sua natureza, dando concretude existencial a um humano em sua natureza material, antropológica, de pré-convivialidade gregária.

²¹ VALLÉS, Josep M. *Ciencia Política: Una introducción*. 5ª edición

inconsequente batizada de garantismo²² na sua forma extrema e inconsequente²³.

actualizada. Barcelona: Ariel, 2006, Ariel Política, p. 279 e ss.

²² É de se questionar cientificamente se tal ideologia é uma ideologia em si mesma ou uma *teologia política* na ótica de CARL SCHMITT, LEO STRAUSS ou outros. O vocábulo “*anarco*” é no sentido de acepticemia total e eugênica de qualquer Ordem (CENZANO, José Carlos de Bartolomé. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 85 e ss) ou organização política formal e instituída ou instituível, no sentido teológico, sacralizante; e “*libertarista*” como unicidade de conteúdo ideológico-teológico (teológico-político) da liberdade extrema, do *homem no seu estado de natureza*, não correspondendo à natureza do homem na sua imanente gregriedade e convivialidade sócio-política na *polis/urbe* e as respectivas vicissitudes dos seus naturais limites e finitides, logo é uma teologia política acética do mundo da Cultura, do Mundo do Espírito Humano. O vocábulo “Teologia” é a dialética sacro-profano, divino-humano, retidão-pecado, temporal-espiritual. Como assinala corretamente o Ministro Marco Aurélio de Mello na Repercussão Geral por questão de ordem em RE 597.270-4 – RS, 26/03/2009: “[...] Estamos vivendo época de delinqüência maior e, de um lado, potencializa-se, e com exacerbação, o afã de punir-se e, de outro, tem-se a visão garantista para todos os gostos, inclusive para chegar a situação *aquém da ordem jurídica*.” (grifos nossos) Lecionam Sandra Chaparro e Rafael Del Águila in *op. cit.* p. 5-6: “Lo que en realidad se nos muestra, de la mano de este ejemplo de la historia del pensamiento, es un cambio de valores que, como todos los grandes cambios, fue un proceso de transformación lento, de adaptación necesaria, fruto tanto del pensamiento abstracto como de la realidad histórica. La teología política medieval partía de las nociones de unidad en la diversidad y de armonía. El marco en el que se evolucionaba hacia la unidad era otro concepto denso: la *Providencia*, ese gran Plan que rige el mundo creado por Dios al principio de los tiempos, que llevará al mundo a su consumación señalando a todo el modo y momento de operar según su naturaleza. El Plan es Historia de Salvación para la humanidad; descubrir las leyes de la historia para el correcto desenvolvimiento de la naturaleza siempre fue la prioridad máxima de la teo-política medieval. La Providencia legítima las acciones políticas, abre las puertas a una cierta idea de progreso moral que depende de la constitución de comunidades políticas basadas en los principios y valores adecuados para los seres humanos según su naturaleza. La teopolítica es una empresa moral basada en la sociabilidad y la naturaleza, originalmente bondadosa, de los seres humanos.” Cf. Sacha Calmon Navarro Coelho: “[...] Por mais que o mundo, a vida e a história sejam complexos suficientemente para repelir a retórica maniqueísta, fato é que ela funciona mistificando (e mistificando) a realidade. “O mito é uma forma específica de manifestação do ideológico no plano do discurso” (Warat). Assim, a construção do mito remete-se a certas relações de significação processadas no real, a modo de permitir uma tradução teórica que enseje o convencimento político e jurídico da sociedade. Possui, pois, uma função. Em sua significação mais arcaica o mito pode ser visto como um processo mágico de compreensão do mundo, estabilizado entre a lógica do axioma e a fantasia do dogma, este último radicalmente irracional e violentador do senso comum dos homens. O processo mítico consiste na substituição de uma explicação histórica e objetiva dos fatos por uma sucessão de fábulas que apresentam os acontecimentos como concreção de protótipos axiológicos de aceitação generalizada, daí a sua força de convencimento e o seu poder retórico. Contemporaneamente o mito vai se identificando cada vez mais com a ideologia política (o nazismo e sua “raça de senhores” em oposição ao judeu inferior etc). “Através do mito consegue-se transformar a história em ideologia” (Barthes).”(Comentários à Constituição de 1.988 – Sistema Tributário. 6ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 196)

²³ Entendo, modestamente, que a Academia nacional não está cientificamente preparada para conhecer a profundidade da visão

É uma clara distrofia endógena ética gerada por este momento processual, totalmente incongruente com a própria diretividade e dinâmica éticas do processo, que é a Estatal (Norberto Bobbio²⁴).

mais liberal de concretude dos Direitos Fundamentais, pois é mais um discurso político sofisticado retórico-argumentativo, com tons de emotividade que uma doutrina verificável e experimentada numa ambiência institucional estável, nas quais as Instituições já têm consciência de suas missões de hoje e do porvir, situação que matura-se no tempo social face às finitudes humanas. Vê-se alguns arautos libertaristas extremados que mais divulgam seu ego de vaidades que algo seriamente pensado diante da Filosofia do Direito e da Política, das Teorias do Direito e do Estado de jusfilósofos, juspolíticos e politicólogos sensatos, mas se lastreiam numa caminhada divulgando uma fé, uma Teologia que pauperrimamente se alienaram, numa *teologia fechada em si própria, que se auto-justifica, se auto-legitima e auto-sacraliza-se*, já que o pensar ao contrário é literatura profana e seus seguidores hereges. Lastreia-se aquela somente pela axiologia de normas constitucionais ideologicamente selecionadas, mas não justificadas as demais excluídas. Nesta teologia garantista radical o conteúdo das idéias tornaram-se um absoluto transcendental e prévio a tudo e todos. Não há soberania política do Estado, gregariedade social, estabilidade institucional possível e realizável no limite da evolução da Ordem Jurídica, nega-se a Ordem pré-jurídica estatal, a policentricidade de interesses e sua feição multifacetária. É uma eugenia totalitária do outrem e da coesão social possível, via Estado, Sociedade e Instituições, uma vez que, *a priori*, já está posto e no *a posteriori* teria potência impediante da realização dos Dogmas e da liturgia de sua concretude, facticidade. Tornaram-se cegos de Ciência e coração, divulgando aos ventos sua fé e arrastando para as sombras os mais cegos, que também nada fazem para impedir a substituição da Academia, logo todos são responsáveis pelo cair das trevas, aguardando-se o final apocalíptico do ultrapassar do limite crítico: a Sociedade já está dizendo ao Estado que dele não mais precisa para lhe propiciar a Ordem e a segurança. Basta olhar o mundo da Natureza. Alguns ainda afirmam que é a atual comunicação do sistema jurídico anglo-saxão com o romano-germânico em uma situação imanente de utilização de sistemas jurídicos intercomunicantes decorrente da globalização e das boas experiências naqueles sistemas. Não se discute a eficiência de outras experiências bem sucedidas, mas a *forma de introdução no País* e o fundamento estelionatário do garantismo *extremado*, que gera patologias e distrofias tal como está na referida norma jurídica comentada.

²⁴ Leciona Bobbio sobre a Ciência e Filosofia Políticas e esta se apresentando como ética pública: “[...] Para complicar as coisas, acrescentemos que, ao significado tradicional de “política” como a atividade ou o conjunto de atividades que de algum modo fazem uma referência à *pólis*, entendida esta como a organização de uma comunidade que, para conservar-se, em última instância, faz uso da força, foi-se justapondo ou mesmo sobrepondo um outro significado, o de política como diretriz ou conjunto de diretrizes que uma organização coletiva, não necessariamente o Estado, elabora e procura aplicar para atingir os próprios fins, significado que se revela na expressão, da linguagem comum, a “política” da Fiat ou da Banca d’Itália. Essa confusão deriva da forçosa tradução em uma única palavra italiana de duas palavras inglesas, *politics* e *policy*. Mas a falta de consciência desta confusão fez, sim, como que hoje exista quem entenda por filosofia política um discurso de ética pública, orientado para a formulação de propostas para uma boa ou correta, ou eficiente “política” (no sentido de *policy*) econômica, ou sanitária, ou financeira, ou ecológica ou energética. Também nesse caso, não há nada para se maravilhar ou escandalizar. As duas filosofias políticas, como teoria geral do Estado ou como ética pública, são igualmente legítimas. Basta entender: há entre elas a mesma relação que existe entre a metaética e a ética. A

Demonstra-se que há um fracionamento da dialeticidade processual, que é a *condicionante temporal*, já que neste tópico há um seccionamento de cunho *político*, gerador da patologia instrumental impedindo o estreitamento racional e fluente da decisão jurisdicional.

É a própria racionalidade cratológica e ética que se autodeturpam em um viés exclusivo de um único polo de estatuto de poder, o do acusado, o homem em detrimento do Estado, *a priori*, no polo acusatório e, essencialmente, o da jurisdição sem qualquer razão justificante.

É a própria *jurisfação político-institucional da legitimação da ética* que se secciona e se impede de concretização naquela puntualidade/momentaneidade processual.

Entendo que a própria Constituição, como norma e como centralidade da *unidade política* (Carl Schmitt²⁵), não permite a abertura hermenêutica constitucional para a *instabilidade institucional*, dentro da normalidade juspolítica-institucional e da hermenêutica filosófica, lógica-semântica, sendo mais uma questão de maturidade institucional e republicana de todos (Estado, sociedade e Instituições da República) para que tal situação não se estabeleça no tempo, logo *todos* são responsáveis.

Há clara situação de *necessidade de autocontrole institucional projetada ao Poder Judiciário para a instrumentalidade processual* que a própria Constituição impôs a todos, de natureza institucional e de natureza normativa: as cláusulas pétreas, que, na posição magnífica de Carl Schmitt, nada mais é que a *autoritariedade da democracia* face a todos, numa postura política de nítida desconfiança da instabilidade política pela qual passa *ainda* o País, situação esta provada pela própria existência normativa do quesito em estudo.

Neste sentido, vê-se que o sistema *político* ainda é imaturo e institucionalmente irresponsável, aguardando-se a maturação no *tempo político e jurídico*. E só após longos séculos de estabilidade do sistema político preservado e amoldado à realidade histórico-

filosofia política tradicional é uma metapolítica, a filosofia política como ética pública é uma política no sentido de uma ética não dos sujeitos individuais, mas dos grupos organizados.” (in op cit. ps. 98-99).

²⁵ *Teoría de la Constitución*. 1ª edição em espanhol em 5ª reimpressão. Salamanca: Alianza, 2006, Versão espanhola: Francisco Ayala, p. 63 e ss.

cultural é que seria útil a supressão das cláusulas pétreas.

Após pequena digressão acima, entendo que o constitucionalismo reequilibra o lado negativo (*a resistência*) pela própria imanência dinâmica do lado positivo: a *unidade política*, no sentido de convivência imperativa siamesa (Maurizio Fioravanti²⁶).

3 Análise política

Segundo Josep M. Vallés²⁷, o Poder Estatal se tridimensiona em: *estrutura, processo e resultado – Poder Judiciário, processo/instrumento e Paz Social com Justiça – Paz Política*. Em assim sendo, tal quesito não pode ser inviabilizante da *estrutura*²⁸, projetando-a

²⁶ “[...] Il costituzionalismo è un movimento di pensiero fino dalle sue origini orientato a perseguire finalità politiche concrete, essenzialmente consistenti nella limitazione dei poteri pubblici e nella affermazione di sfere di autonomia normativamente garantite. [...] i movimenti che caratterizzano il costituzionalismo in realtà sono due: *resistenza*, ma anche *partecipazione*. C’è dunque un movimento che opera in senso ‘negativo’, per rivendicare uno spazio libero, ma c’è anche necessariamente un movimento in senso ‘positivo’, con il quale si pretende di concorrere alla formazione di una volontà politica sempre più solida e strutturata, cui si chiede non a caso una doppia prestazione: garanzia di un limite sicuro all’espandersi della sua attività, a tutela delle soggettività distinte che compongono l’intero, ma anche maggiore forza nella rappresentazione della comune esistenza politica, nel perseguimento dell’interesse comune. Il costituzionalismo difende spazi di autonomia, *ma costruisce anche unità politiche*. Coloca i primi dentro le seconde, e nello stesso tempo impedisce alle seconde di assorbire i primi. Un compito richiama l’altro, in modo circolare e sostanzialmente indissolubile. [...] È la forza storica del costituzionalismo, e la sua *necessaria doppia vocazione*, ciò che impedisce le soluzioni estreme. Il lato del limite e della garanzia impedisce alla Repubblica di rinnovare concezioni monistiche e volonteristiche della sovranità. Ma nello stesso tempo il lato politico, che si esprime nella necessaria ricerca del principio di unità politica, impedisce a quella medesima Repubblica di ridursi nei limiti del mero strumento di garanzia dei diritti.” (*Costituzionalismo – Percorsi della storia e tendenze attuali*. Bari: Laterza, 2009, Coleção Sagitario, v. 167, p. V, VI e VII) (grifos nossos).

²⁷ *Op. cit.* p. 45 e ss.

²⁸ “Para bem se desincumbir desse poder-dever, o Estado se aparelha e funciona organicamente, sendo tarefa dos seus juizes afirmar e atuar concretamente a vontade da lei, promovendo, assim, a substituição da atividade dos envolvidos em conflito pela atividade estatal, como disse Chiovenda. Como terceiro desinteressado no conflito a ele submetido, o Estado exerce esse poder-dever necessariamente sob o signo da imparcialidade, daí por que a tutela jurisdicional não é concedida de ofício, dependendo, antes, da ação do interessado. A observância do princípio do dispositivo é, nesse particular, condição importante do resguardo da imparcialidade do Estado-Juiz, da sua liberdade de submeter-se unicamente à lei. Bem se vê, do exposto, que o conceito de tutela jurisdicional está relacionado com o da atividade propriamente dita de atuar a jurisdição e com o de resultado dessa atividade. Prestar tutela jurisdicional, ou, para usar a linguagem constitucional, apreciar lesões ou ameaças a direitos, significa, em última análise, formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, mais que isso,

desacreditada; o *processo*, como instrumento, se tornou autofágico, já que destruiria sua própria logicidade e operatividade, cujo resultado que se atingiria, restando frustrado e um julgamento nulo, senão ilegítimo.

É extremamente interessante e ressalta a este estudo a análise puntual juspolítica-institucional do *exato* momento da incidência e instantaneidade da mutageneticidade exógena do processo (quesitação), pois nesta temporalidade institucional é que há uma clara *mutação exógena*. Naquele átimo da temporalidade o processo jurisdicional se transforma no político, existindo por tempo brevíssimo a *bidimensionalidade do núcleo ordenativo*, ora com uma face voltada para o Direito, a *normatividade*, em essência, e outra já voltada para a *política*.

A puntualidade de incidência normativa há de ser analisada na temporalidade processual. É nesta instantaneidade que há de ser analisada minudentemente para a extração do fenômeno impactante da supremacia estatal normativa.

Neste sentido, o elemento tempo é decisivo para aclarar a situação de mutageneticidade processual, logo a *temporalidade* (tempo dos homens) é integrante do raciocínio desenvolvido.

A *temporalidade institucional do processo* é de domínio absoluto do Estado exercida no *espaço vital* da instrumentalidade processual, não sendo racionamente permitida qualquer distrofia, por mais elegante que esteja disposta na norma jurídica. Neste tópic, observa-se nitidamente a transformação da *racionalidade jurídica* em *política*, ou seja, o processo jurisdicional estatal transforma-se em um *processo político*, de julgamento da clemência sem qualquer fator institucional legitimante sério, criando-se uma puntualidade distrófica em razão da transformação do processo *jurídico* em *político*, refinando-se com o verniz da forma utilitarista-pragmática.

Nesta puntualidade orgânica-processual normativa há um momento de segmentação do leito racional do processo, pois, por supremacia estatal normativa, cria-se uma *assimetria* dos fundamentos lógicos do ato de julgamento, numa situação de amorfologia da legitimidade política do órgão para realizar o ato, deturpando, portanto, a cratogeneticidade, a gênese fundante e legitimante da formação originária do órgão julgador. O poder

impor as medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos.” ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 6.

como *razão* se subverte em seus fundamentos e logicidade para se transformar, numa *temporalidade efêmera*, no poder como *violência*, como potência material, normatizada elegantemente, de refinamento acurado, mas não revelador dos efeitos de suas origens e concreitude.

A consequência imediata é já uma assimetria inexorável entre *passado* e o *presente* processuais, entre a *racionalidade* do processo normativo para o político, já que existe uma *temporalidade* ascensional/evolutiva de realização de paz social com justiça para a busca da *facticidade* do consenso político-social (dimensionalidade política-constitucional do julgamento do júri de aceitabilidade pela sociedade de sua decisão), já numa temporalidade instantânea, anacrônica com o passado e presente ainda jurídico. *A existencialidade suplanta a normatividade.*

Entendo que a inserção normativa em estudo visa à *justiça política* em sua acepção ampla, ou seja, uma das perspectivas da justiça política é sua *idealidade de Justiça*, na qual termina o reino dos homens e da possibilidade de integração da personalidade individual singular na consciência social, para adentrar ao reino dos deuses, da *perfectibilidade* e *atemporalidade*²⁹.

Neste sentido, busca-se uma Justiça ideal sem respeito pela finitude e puerilidade humanas, no atual contexto civilizacional e histórico-cultural, criando-se um fator dinâmico de insegurança (Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁰) na Sociedade e instabilidade institucional no Estado, logo a nomogeneticidade (Miguel Reale³¹) não se efetivará harmonicamente dentro da realidade social e evolutiva da Sociedade, nos limites do possível e exequível.

Estou convicto que, o que se buscou naquela puntualidade normativa, não foi a justiça *jurídica*, mas a justiça *política*, no sentido de *ordem política justa*, daí o núcleo da patologia e da distrofia da cratogeneticidade em uma *clausura operacional*, pois após o processo político em exaurimento da opção política, o processo segue sua lógica de ordenação concreta do Direito, sua normatividade imanente.

A normatividade institucionalmente irresponsável gerou um sistema de *clausura operacional*, já que ou se afirma o processo político e julga-se dentro da ciência política, ou se aplica a norma jurídica, ou a nega, realizando o controle difuso de constitucionalidade³², mantendo-se a logicidade e racionalidade do processo jurídico-normativo.

Nesta ótica, ou o Estado mantém o domínio absoluto, racional e normativo de *seu* instrumento de poder ou convive com uma patologia político-operativa, que nada evolui para o Direito e política.

O referido quesito é, metaforicamente, a *antropomorfização do político* (Carl Schmitt e Jean Freund), que realiza o ato de justiça política, numa acepticemia da realidade histórica-institucional do processo jurisdicional, a partir do qual o conselho de Sentença torna-se um Conselho de Ética ou Político, numa *precisa instantaneidade temporal*, distante do passado processual já quesitado e do futuro a julgar.

O *tempo da política* e o *tempo do Direito* têm dosimetrias diversas e imanentes às suas realidades. O tempo da política é aquele suficiente à possibilidade de realizar o consenso dentro do dissenso no exercício ra-

³² O controle difuso de constitucionalidade, na ótica política, é absolutamente necessário como instrumento de estabilização institucional na expressão do micro-poder e a autopreservação do espaço vital do Estado: o *processo*. Como razão de Estado, leciona Norberto Bobbio in *op. cit.* p. 176-177: "A oposição entre moral e política desse modo entendida, como oposição entre ética individual e ética de grupo, serve também para fornecer uma ilustração e uma explicação da secular disputa em torno da "razão de Estado". Por "razão de Estado" entende-se aquele conjunto de princípios e máximas com base nas quais ações que não seriam justificadas se cumpridas por um indivíduo isolado não são apenas justificadas mas em alguns casos de fato exaltadas e glorificadas se cumpridas pelo príncipe, ou por qualquer pessoa que exerça o poder em nome do Estado. Que o Estado tenha razões que o indivíduo não tem ou não pode fazer valer é um outro modo de colocar em evidência a diferença entre política e moral, uma vez que essa diferença refere-se ao distinto critério com base no qual são julgadas como boas ou más as ações nos dois diferentes âmbitos. A afirmação de que a política é a razão de Estado encontra uma perfeita correspondência na afirmação de que a moral é a razão do indivíduo. São duas razões que quase nunca coincidem: antes, da sua oposição alimenta-se a secular história do conflito entre moral e política. O que talvez seja necessário ainda acrescentar é que a razão de Estado nada mais é que um aspecto da ética de grupo, ainda que o mais clamoroso, sendo o Estado a coletividade no seu mais alto grau de expressão e potência. Mas cada vez que um grupo social age em sua própria defesa contra outro grupo, apela-se a uma ética distinta daquela geralmente válida para os indivíduos, a uma ética portanto que responde à mesma lógica da razão de Estado. Assim, ao lado da razão de Estado, a história nos acena, de acordo com os tempos e os lugares, ora uma razão de partido, ora uma razão de classe ou de nação que representam, sob outro nome, mas com a mesma força e com as mesmas consequências, o princípio da autonomia da política, entendida como autonomia dos princípios e das regras de ação que valem para o grupo como totalidade em relação às regras que valem para o indivíduo no grupo."

²⁹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed., revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: Armênio Amado, 1979, Coleção Studivm – temas filosóficos, jurídicos e sociais, p. 335 e ss. Cf. SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*, p. 144.

³⁰ *Curso de Direito Administrativo* – Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial. 13. ed., totalmente revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 401.

³¹ *Filosofia do Direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 550 e ss.

cional do poder. Já o tempo do Direito é o da viabilidade da harmonia das condutas humanas, congregantes das instituições. Ambos são viabilizados pelo Estado, o *único* que tem o domínio da temporalidade processual (é o tempo *dos homens*)³³.

A autofagia³⁴ degrada o próprio órgão estatal, atingindo sua *credibilidade* e *estabilidade institucionais*³⁵, faltando-lhe a responsabilidade juspolítica-ins-

titucional perante à sociedade como unidade estatal séria.

Este quesito projetado do abstrado para o concreto/empírico gera uma situação de subversão da racionalidade lógica do processo, do poder nele confeccionado, criando uma antinomia mutagênica interna da quesitação, mesmo que seja uma quesitação transcendente entre quesitos.

Entendo que ocorrerá a diluição da institucionalização do juri na qualidade orgânica do poder *de julgar*, da própria racionalização estatal do Poder Nacional, que não pode conviver com fatores normativos impeditivos do exercício salutar da jurisdição, via processo, seu instrumento.

Se o processo estatal jurisdicional visa a legitimação da ordem (Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁶ e Carl Schmitt³⁷), o quesito da absolvição é um fator impeditivo da estabilidade decisória futura e fator dinâmico de insegurança face à soberania dos vereditos, já que somente haverá veredito se houver decisão racionalmente produzida, realizando a pacificação social com justiça (Cândido Rangel Dinamarco). A paz jurídica³⁸.

Racionalização decisória provém de realidade pensada, verificada e verificável, experimentada e experimentável em determinado *tempo, espaço e razão humana História*, forjando e maturando a institucionalização da nomogeneticidade juspolítica em um Esta-

³³ CUNHA, Paulo Ferreira in *op. cit.* p. 429 e ss.

³⁴ “Esse compromisso de *apreciar* as lesões ou ameaças a direitos – o compromisso de prestar *tutela jurisdicional* – constitui um *dever* estatal, que deve ser cumprido de modo eficaz, sob pena de se consagrar a fâlcia dos padrões de convívio social e do próprio Estado de Direito. Mas é um dever que supõe poder. A atividade de prestar tutela jurisdicional, e assim eliminar os conflitos e promover, na expressão de Carnelutti, a “justa composição da lide”, constitui também um *poder* do Estado, que o exerce monopolisticamente, sujeitando a vontade de todos às suas decisões, inclusive, se necessário, com utilização de meios de coação física.” (ZAVASKI, Teori Albino in *op. cit.* p. 6). Entendo que até com o instituto da intervenção federal o Poder Judiciário terá a amplitude institucional de efetividade de seus atos, afinal, e, em última perspectiva, é ato de supremacia estatal, sobre tudo e todos no território que se institui o poder de império do Estado, e a submissão de todos como súditos do Estado (G.W.F. HEGEL) no cumprimento de seu dever político de obediência à Normatividade vigente.

³⁵ Raquel Melo Urbano de Carvalho: “É inadmissível ignorar a insegurança criada na sociedade, nos estudiosos da ciência jurídica e, conseqüentemente, também nos agentes públicos incumbidos do exercício das competências administrativas. Para evitar maiores prejuízos e até mesmo eventual agravamento dos problemas de gestão administrativa, vem sendo invocada a segurança jurídica como pilar de sustentação da ordem jurídica e da estabilidade das relações sociais. No atinente à sua concretização em um Estado Democrático de Direito, malgrado as necessidades de transformações pontuais, prescreve-se à Administração o *dever de zelar pela solidez institucional dos seus órgãos e entidades*, de modo que o equilíbrio no exercício das competências públicas assegure a constância e a harmonia na satisfação das necessidades dos cidadãos. Um dos aspectos basilares a uma experiência democrática é a sua *estabilidade institucional*, por se tratar de um elemento indispensável ao cumprimento das atribuições estatais. Além de uma população afetada por intensas transformações econômicas, políticas e sociais, não é lícito ao Poder Público olvidar da sua missão de perseguir e promover um mínimo de quietude e firmeza nas relações jurídicas, *sob pena de acirramento no fenômeno dos conflitos contemporâneos*. A segurança jurídica atual é um dos principais fatores capaz de repercutir no equilíbrio social futuro e, assim, de viabilizar maior produtividade no mercado e efetividade administrativa. Trata-se de uma limitação vinculante do próprio Estado que é essencial à sua caracterização como Democrático de Direito. Neste Estado, a confiabilidade nos atos e nas decisões públicas é prerrogativa dos cidadãos: “É confortável ao cidadão a certeza da estabilidade jurídica, conhecendo o passado, o hoje, com a segurança do amanhã, no reconhecimento de defesa das situações constituídas. Não há como deixar de enaltecer o papel valorativo do princípio da segurança jurídica.” [...] “Certo é que, se o Direito é um sistema cuja existência e cujo conteúdo são pressupostos para a ordenação das relações sociais, não se pode renunciar à confiabilidade em seus próprios termos. Assim, os comportamentos do Estado na realidade administrativa devem se orientar pelos condicionamentos normativos incidentes na espécie, observados os limites das adaptações que se afigurem legítimos em cada situação. As normas devem caracterizar-se por um mínimo

de clareza e congruência, evitando contradições constitucionais e legislativas. Outrossim, não se pode admitir a eternização da incerteza ou dos conflitos existentes entre os interesses de membros de uma mesma sociedade.” [...] “A segurança jurídica surge, então, como elemento capaz de orientar a busca pelo necessário equilíbrio entre a inalterabilidade absoluta (regulação petrificada) e a mutação casuística e irresponsável (instabilidade e incerteza jurídicas), consoante expressão de Cármen Lúcia Antunes Rocha. O que se pretende é compreender que a segurança jurídica não pode ser invocada como mecanismo de entrave às mudanças sociais que, ocorrentes, devem se instrumentalizar em normas do ordenamento, uma vez que “não pode petrificar uma situação fática ou jurídica, fazendo do direito não um instrumento assegurador da dinâmica social civilizada, mas sim engenho de manutenção de situações irresgatáveis e privilegiadoras de pessoas e grupos em detrimento do todo social.” (*Curso de Direito Administrativo - Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração*. 2ª ed. Rev., amp. e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 89-90) (grifos nossos).

³⁶ In *op. cit.* p. 400.

³⁷ *Teoría de la Constitución* p. 81.

³⁸ Ver voto da Ministra Carmen Lúcia no ADPF 153/DF: “[...] O direito analisa o que precisa ser realizado num determinado momento histórico, buscando-se – em termos de legitimidade política – o que seja necessário para se chegar ao justo, em termos de paz social.”

do e pelo Estado, na qualidade de organização política formal.

O quesito de absolvição do júri na ótica política é uma patologia na *factibilidade* (ser no abstrato) e futura *facticidade* (ser no mundo concreto) da ordem estatal em razão de criar uma distrofia no processo de institucionalização do poder a se legitimar no órgão, ou seja, a permanência institucional do fundamento de legitimidade e legalidade do juri não estão respaldados em sua origem (Maurice Hauriou³⁹, Adriano Moreira⁴⁰) no Direito, mas na política. É a permuta da Lei pela Política, no sentido da existencialidade suplantar a normatividade, do decisionismo como atividade autopropulsada suplantando a racionalidade normativa.

Neste sentido, altera-se a *dinamicidade* e a *temporalidade* formativa institucionalizadora em seu leito imanente de racionalização do poder, pois o quesito é ordem normativa impediendo da geração concreta da decisão institucional em determinado momento político, impedindo a *fluência concretizante da decisão*, já em procedimento de formação final, criando-se uma situação a ser solvida só pelo controle difuso de constitucionalidade⁴¹, no sentido de permitir a fluência natural da decisão estatal válida sistematicamente.

Entendo, modestamente, que esta nomogênese jurídica nada mais que fruto de um *populismo legislativo elegante e refinado*, que nada constrói para a Academia, mas gera o antagonismo do outro polo processual e indignação do Poder Judiciário, que terá que calibrar o sentido da norma.

Este é o resultado do ingresso na doutrina nacional do *uso alternativo do Direito* de cunho essencialmente ideológico de certa esquerda radical (Gaspa Ariño Ortiz⁴²), que utiliza argumentação

retórica emotivamente persuasiva em torno de opções de valor, no sentido utilitarista-pragmático de convencimento, acrescentando-se o anarco-liberalismo da ultra-esquerda sob o manto de *garantismo penal*⁴³, pauperrimamente trazido e confeccionado no País⁴⁴,

Pública, Regulación Económica. 3ª edição ampliada. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, p. XLIX: “Es este, ciertamente, un terreno resbaladizo. Están todavía cercanas aquellas propuestas del “uso alternativo del derecho” de cierta izquierda radical, que quería vincular las decisiones judiciales a los principios ideológicos-políticos imperantes en la sociedad. [...] El mencionado “uso alternativo” no era otra cosa que la destrucción del derecho, manipulado interesadamente al servicio de la lucha de clases; [...]” (grifos nossos)

⁴³ Ver a concepção, atributos e cientificidade de uma Filosofia Política em Norberto Bobbio in *op. cit.* p. 74-75 e às p. 120-122 a concepção do Estado ideológico.

⁴⁴ Leciona Perfecto Andrés Ibañez em Prológo da posição garantista de Luigi Ferrajoli: “La Constitución es un ambicioso modelo normativo que no puede dejar de experimentar, como de hecho experimenta, incumplimientos y violaciones en sus desarrollos. Es un proyecto vinculante y su grado de realización depende, en última instancia, como ilustra Ferrajoli, del tratamiento dado a las garantías. De ahí la relevancia del papel de la jurisdicción, en concreto, de la actitud con que la misma se ejerza. Así, es un dato histórico, de historia inmediata, que – en nuestras realidades (paradigmático es el caso italiano) – la introducción de la Constitución en el circuito jurisprudencial, ha tenido directamente que ver con la toma de conciencia de la inobjetable normatividad positiva de sus imperativos, y con la beligerancia en favor de su aplicación de una parte de la magistratura, frente a lo que, en ocasiones, ha sido verdadera resistencia activa de signo contrario de otros sectores de aquélla. Y lo que se dice de la magistratura resulta extensible a los operadores jurídicos en general.” (*Derechos y garantías – La ley del más débil*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2006, Tradução: Perfecto Andrés Ibañez, Coleção Estruturas e Processos, Série Derecho, p. 11). Ferrajoli insere a jurisdição como centralidade do Estado Constitucional e da Constituição para estruturar seu raciocínio utilizando a metodologia da filosofia analítica para construir a democracia substancial. Entendo que é uma singela questão de metodologia de análise, pois, far-se-ia a democracia substancial num momento *a posteriori*, de aplicação da lei, que na posição kelseniana a democracia já é um pressuposto da validade política da norma jurídica. Porém, entendo mais correto a posição de CARL SCHMITT e a concepção de “nomos” (*El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del “Ius Publicum Europaeum”*. Granada: Comares, 2002, Trad. Dora Schilling Thou, Colección: Crítica del Derecho, Sección: Arte del Derecho, v. 41, p. 35-36: “Nomos, en cambio, procede de *nemein*, una palabra que significa tanto “dividir” como también “apacentar”. El nomos es, por lo tanto, la forma inmediata en la que se hace visible, en cuanto al espacio, la ordenación política y social de un pueblo, la primera medición y partición de los campos de pastoreo, o sea, la toma de la tierra y la ordenación concreta que es inherente a ella y se deriva de ella; en las palabras de Kant: “la ley divisoria de lo mío y lo tuyo del suelo”, o en la fórmula inglesa que es una puntualización adecuada: el “radical title”. *Nomos es la medida que distribuye y divide el suelo del mundo en una ordenación determinada, y, en virtud de ello, representa la forma de la ordenación política, social y religiosa. Medida, ordenación y forma constituyen aquí una unidad espacial concreta*. En la toma de la tierra, en la fundación de una ciudad o de una colonia se revela el nomos con el que una estirpe o un grupo o un pueblo se hace sedentario, es decir se establece históricamente y convierte a un trozo de tierra en el campo de fuerzas de una ordenación. Sólo en relación con

³⁹ *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Granada: Comares, 2003, Tradução, estudo preliminar, notas e adições: Carlos Ruiz del Castillo, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Colección: Crítica del Derecho, Sección: Arte del Derecho, v. 45, p. 20, 204-219.

⁴⁰ *Ciência Política*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 56 e ss e 249-251.

⁴¹ “[...] Na realidade, a idéia de que todo e qualquer fato deve ser interpretado favoravelmente ao acusado é um dogma que tem a pretensão de suplantar a efetividade da Constituição e que confunde vigência com validade. Se um enunciado normativo é promulgado em descompasso com aquela, é porque é inválido, não obstante vigente. O controle de constitucionalidade não pode ser recusado pelo juiz que, antes, tem o dever de exercê-lo.” (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed., revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 35).

⁴² *Principios de Derecho Público Económico – Modelo de Estado, Gestión*

no qual não tem o mínimo de maturidade institucional e republicana para ser aplicado, gerando a antropológica reação da sociedade⁴⁵.

un nomos de esta índole, y no com cualquier disposición o aun con una norma sofisticadamente separada de la *sisis* concreta, que como “tesis” en contrapuesta a la *sisis*, [...]” E à p. 39: “[...] El nomos, en su sentido original, sin embargo, es precisamente la plena inmediatez de una fuerza jurídica no atribuida por leyes; es un acontecimiento histórico constitutivo, un acto de la *legitimidad* que es el que da sentido a la legalidad de la mera ley.” (grifos nossos). Cf: VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y Poder* – Kelsen y Schmitt frente a frente. México: Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, Sección de Obras de Política y Derecho, p. 203 e ss; CIARAMBELL, Fabio. *Instituciones y normas* – Sociedad global y filosofía del derecho. Madrid: Trotta, 2009, Colección Estructuras y Procesos, Série Derecho; BRETONE, Mario. *Derecho y tiempo en la tradición europea*. 1. ed., 1ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica. 2000. Tradução: Isidro Rosas Alvarado, Coleção: Política y Derecho, p. 40 e ss.), logo o *nomos* já é a democracia substancial. É uma questão de metodologia de análise e, principalmente, a temporalidade política daquela democracia substancial, que a própria Constituição política já é e já *ordena* para que assim o seja factível, ser a democracia substancial como ser-no-mundo e assim ser mantida e respeitada pelo Estado, Instituições e Sociedade, principalmente esta, que se concretiza no dever político de obediência, sendo esta a obediência ao estatuto político supremo do Estado. É o próprio cumprimento da democracia substancial (*ethos constitucional*). Enfim, o *nomos* apontado sabiamente por Carl Schmitt é a própria democracia substancial em *temporalidade anterior* à própria Constituição e à Normatividade Estatal, logo a posição de Luigi Ferrajoli a aponta em momento posterior, sendo que a mais legítima é *a priori*, já como essência constitucional já construída, já assentada, cuja posição do garantismo de Ferrajoli resta insuficiente, senão prejudicada.

⁴⁵ Idem p. 120-121: “Spinoza não fica atrás: no homem são tão naturais as paixões quanto a razão; mas no estado de natureza as paixões predominam sobre a razão; contra as paixões a religião pode pouco ou nada, porque vale “em ponto de morte, quando as paixões já foram vencidas pela doença e o homem está reduzido ao extremo, ou então nos templos, onde os homens não exercem relações de força”; somente a união de todos em um poder que refreie, com a esperança de prêmios e o temor aos castigos, os indivíduos, que naturalmente tendem a seguir antes a cega cupidicia que não a razão, pode permitir que o homem consiga do melhor modo ou forma da própria conservação; uma vez que o Estado, e apenas o Estado, consente ao homem aplicar a suprema lei da razão, que é a lei da própria conservação, ele deve comportar-se, se quer sobreviver, diversamente do que acontece aos homens no estado de natureza, racionalmente; o indivíduo não comete delito se no estado de natureza não segue a razão; o Estado sim, por que o Estado, somente quando se comporta racionalmente, consegue conservar a potência que é constitutiva da sua natureza. *Um Estado não-racional é impotente, mas um Estado impotente não é mais Estado. Daí a consequência, sobre cuja importância histórica não é preciso acrescentar outro comentário, de que o Estado-potência se identifica com o Estado-razão*. Podemos até mesmo afirmar que a racionalização do Estado se converte na estatização da razão, e disso nasce a teoria da razão de Estado, como a outra face do Estado racional. (Se as razões de Estado não fosse superiores às razões do indivíduo, o Estado não poderia cumprir ações que são vetadas ao indivíduo).” (grifos nossos). Demonstra-se que a regressão da Sociedade em estado natural, sócio-antropológico, num situação de desabrochar algo que já lhe é ínsito, mas que foi neutralizada pela evolução civilizacional humana, recrudescer e, em ato de sobrevivência, age, tal como melhor lhe aprouver para manter a qualquer custos que entenda melhor para manter a gregriedade

Este é o grau de alienação e escravatura à uma ideologia que provará sua própria efemeridade, pois cedo ou tarde a sociedade reagirá face à impunidade institucionalizada no seu mundo e o fará à sua maneira sem precisar do Estado⁴⁶, e aí o mundo já tem muitos exemplos da massa popular: revoluções americana, russa e francesa, sendo o que já basta para, por si só, provar que já se está atingindo o limite crítico de suportabilidade social face a tantas e seguidas situações criminais inaceitáveis pela própria sociedade ou organizações políticas não organizadas (Ivo Dantas⁴⁷).

Conclusão

O quesito de absolvição do réu no procedimento do juri pelo conselho de sentença é uma patologia que, primeiramente, nada mais é que a clemência estatal, via presidente da República, projetada na norma jurídica infraconstitucional elegantemente escrita.

O referido quesito viola a racionalidade instrumental do processo, pois há uma ascensão natural na procedimentalidade, via quesitação, até se atingir a decisão final. A quesitação da absolvição inviabiliza a própria logicidade⁴⁸ para se atingir o ato final do julgar, logo a ordem a ser legitimada no processo é fracionada e imiscuída de uma patologia política.

A procedimentalidade da quesitação resta deturpada ante à situação autofágica do referido quesito, pois por si próprio corrompe toda a diretividade do julgamento, perdendo o Estado a governabilidade processual, no sentido de operatividade instrumental, já que a *factibilidade* e *facticidade* da ordem estatal

social.

⁴⁶ No sentido de necessidade do Estado pela Sociedade, leciona Bobbio in *op. cit.* p. 138: “[...] a dissolução de um Estado começa quando as leis não são mais genericamente obedecidas e quando os órgãos executivos não são mais capazes de fazer com que sejam respeitadas. [...]”.

⁴⁷ *Teoria do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 48 e ss.

⁴⁸ Há uma quebra na científicidade, da coerência unitária, da transcendentalização diretiva decidente. E na lição de Cândido Rangel Dinamarco: “Tem-se por ciência o conjunto de conhecimentos ordenados segundo método próprio, com adequação à realidade observada, certeza quanto aos resultados das investigações e coerência unitária dos juízos alcançados (Miguel Reale); além disso, toda ciência tem seu próprio objeto material, que a distingue das demais. O processo civil só se alçou à condição científica, assim delineada, a partir de quando absorveu como seus certos institutos e, construindo seu próprio método, pôde ganhar a coerência unitária dos conceitos afirmados.” (*Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, tomo I, p. 52).

terá que superar uma antinomia totalmente inútil para a solução do processo, sob pena de nulidade, de rarefação normativa para o decisionismo político.

O referido quesito nada mais é que a utilização ideológica de alguns setores da extrema esquerda radical, que trouxe para o processo esta forma elegante e refinada⁴⁹, sob a *teologia* da efetivação dos Direitos Fundamentais, gerando hipertrofia cratológica em um dos pólos do processo⁵⁰.

No procedimento de quesitação de absolvição pelo Conselho de Sentença, nada mais é que a transmutação endógeno-orgânica de substituição da *norma jurídica* como padrão de julgamento legítimo já na qualidade de democracia substancial apresentada pelo *nomos* na ótica de Carl Schmitt, pela *política*, transformando o conselho de sentença mais num Tribunal Teológico-Político que jurídico, num Conselho Político que num órgão estatal de julgamento.

O processo é instrumento de poder do Estado para o exercício da jurisdição e para que tenha idoneidade e suficiência possível é absolutamente imperioso que a ética estatal – Metaética, seja sólida e que o processo não seja a imposição da ética particular para o Estado.

Bibliografia

ARANTES, Paulo Eduardo. *HEGEL – A ordem do tempo*. 2. ed. São Paulo: Hucitec e Polis, 2000, Tradução e prefácio: Rubens Rodrigues Torres, Coleção Teoria 3.

BADIA, Miquel Caminal. *La Política y la Ciencia Política*, In: *Manual de Ciencia Política*. BADIA, Miquel Caminal (editor). 3ª ed. – 2ª reimpressão. Madrid: Tecnos, 2008.

BRETONE, Mario. *Derecho y tiempo en la tradición europea*. 1. ed., 1ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica. 2000. Tradução: Isidro Rosas Alvarado, Coleção: Política y Derecho.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

⁴⁹ Trago como fato-exemplo a inserção da luta de classes dentro do processo o HC 84.078-7 – MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, quando afirma: “[...] Afinal, de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.” Ver a análise de Norberto Bobbio in *op. cit.* p. 175-176 acerca da política como ética do grupo.

⁵⁰ Neste tópico, há de se analisar puntualmente o aspecto ideológico-teológico como pressuposto pré-experiencial de verdade, já ingressando a teologização libertária extremada. Cf: CARVALHO, Paulo de Barros in *op. cit.* p. 132-134.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de Direito Administrativo - Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração*. 2. ed. rev. e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2009.

CENZANO, José Carlos de Bartolomé. *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

CHAPARRO, Sandra e ÁGUILA, Rafael del, *Estudio Preliminar*, In: VIROLI, Maurizio. *De la Política a la Razón de Estado – La adquisición y transformación del lenguaje político (1250-1600)*. Madrid: Akal, 2009, Tradución: Sandra Chaparro Martínez, Akal Universitaria, Serie Historia Moderna, v. 289.

CIARAMBELI, Fabio. *Instituciones y normas – Sociedad global y filosofía del derecho*. Madrid: Trotta, 2009, Colección Estructuras y Procesos, Série Derecho.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1.988 – Sistema Tributário*. 6. ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CUNHA, Paulo Ferreira. *Repensar a Política – Ciência & Ideologia*. 2. ed., revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2007.

CUOCOLO, Fausto. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 12ª edizione riveduta e aggiornata. Milano: Giuffrè, 2003.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Teoria Geral do Processo (Jurisdição), Ação (Defesa) e Processo*. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2007.

DANTAS, Ivo. *Teoria do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed.. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, tomo I.

EMMERICH, Gustavo Ernesto, *Qué es la Ciencia Política ?*, In: *Tratado de Ciencia Política*. EMMERICH, Gustavo Ernesto e OLGUÍN, Víctor Alarcón (coords). Barcelona: Anthropos e Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo – Percorsi della storia e tendenze attuali*. Bari: Laterza, 2009, Coleção Sagitário, v. 167.

- JHERING, Rudolf von. *A Finalidade do Direito*. Campinas: Bookseller, 2002, Trad. Heder K. Hoffmann, tomo I.
- KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Granada: Comares, 2002, Estudio preliminar: “Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-político de Kelsen”: José Luis Monereo Pérez, Tradução: Luis Legaz Lacambra, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Coleção: Crítica del Derecho, Seção: Arte del Derecho, v. 24.
- LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Teoría del Derecho – una concepción de la experiencia jurídica*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2009, Colaboradores: Carlos Alarcón Cabrera, Rafael González-Tablas e Antonio Ruiz de la Cuesta.
- MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 9ª edizioni, rielaborata ed aggiornata. Padova: CEDAM, 1976, Manuali di Scienze Giuridiche, Tomo II.
- KIRCHHEIMER, Otto. *Justicia Política – empleo del procedimiento legal para fines políticos*. Granada: Comares, 2001, Tradução: R. Quijano, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Coleção Crítica del Derecho, Seção Arte del Derecho.
- HAURIUO, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Granada: Comares, 2003, Tradução, estudo preliminar, notas e adições: Carlos Ruiz del Castillo, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Colección: Crítica del Derecho, Sección: Arte del Derecho, v. 45.
- HOMEM, Antonio Barbas. *O Espírito das Instituições – a história do Estado*. Coimbra: Almedina, 2006.
- MOREIRA, Adriano. *Ciência Política*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo – Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*. 13. ed., totalmente revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- OAKESHOTT, Michael. *El racionalismo en la política y otros ensayos*. México: Fondo de Cultura Económico. 2000, Prólogo: Timothy Fuller, Tradução: Eduardo L. Suárez Galindo, Sección de Obras de Política y Derecho.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico – Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. 3. ed. ampliada. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica.
- PAVANI, Sérgio Augusto Zampol. *Estado e Processo Civilizatório*. São Paulo: Editora MP, 2009.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed., revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: Armênio Amado, 1979, Coleção Studivm – temas filosóficos, jurídicos e sociais.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SARTORI, Giovanni, *Elementos de Teoría Política*. Madrid: Alianza, 2007, Trad. Maria Luz Morán.
- SCHMITT, Carl. *El Nomos de la Tierra en el Derecho de Gentes del “Ius publicum europaeum”*. Granada: Comares, 2002, Trad. Dora Schilling Thou, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Colección: Crítica del Derecho, Sección: Arte del Derecho, v. 41.
- _____. *Teoría de la Constitución*. 1. ed. em espanhol em 5ª reimpressão. Salamanca: Alianza, 2006, Versão espanhola: Francisco Ayala.
- TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 3. ed., revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2009.
- VALLÈS, Josep M. *Ciencia Política: Una introducción*. 5ª edición actualizada. Barcelona: Ariel, 2006, Ariel Política.
- VIANELLO, Lorenzo Córdova. *Derecho y Poder – Kelsen y Schmitt frente a frente*. México: Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, Sección de Obras de Política y Derecho.
- VIROLI, Maurizio. *De la política a la razón de Estado – La adquisición y transformación del lenguaje político (1.250-1.600)*. Madrid: Akal, 2009, Trad. Sandra Chaparro Martínez. Akal Universitaria, Série História Moderna.
- ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.