

# A DOGMÁTICA JURÍDICA PROCESSUAL COMO TECNOLOGIA DE REPRODUÇÃO ESTRATÉGICA DA DOMINAÇÃO RELIGIOSA E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO DEMOCRÁTICO

## LA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO TECNOLOGÍA DE REPRODUCCIÓN ESTRATÉGICA DE DOMINACIÓN RELIGIOSA E SU INCOMPATIBILIDAD CON EL DERECHO DEMOCRÁTICO

*André Cordeiro Leal<sup>1</sup>*

*Virgília Gomes Fantini<sup>2</sup>*

### **Resumo**

O texto procura investigar as imbricações entre o “Direito Processual” tradicional, que se afirma ciência, e a dominação religiosa, demonstrando como ele se esforça em ocultar semelhanças que, não obstante, reaparecem, como sintomas, nas entrelinhas dos escritos dogmáticos. Demonstra, ainda, com base na teoria neoinstitucionalista do processo, como a ausência de explicitação das bases epistemológicas desse saber dogmático impõe óbices às indagações sobre sua legitimidade no direito democrático, mormente quando se parte do pressuposto de que, na democracia, o direito não se interpreta pela atividade cerebrina de autoridades iluminadas que, de forma solipsista, como sacerdotes, estariam aptas a revelar o sentido último da norma jurídica em nome de um Estado mítico. Para explicitar o que se poderia entender dominação religiosa, utilizam-se, principalmente, as obras de Giorgio Agamben, delas se retirando os desdobramentos corroborativos da hipótese proposta.

**Palavras-chave:** dominação religiosa; direito processual dogmático; estado democrático de direito

### **Resumen**

El texto trata de investigar las relaciones del derecho procesal tradicional, que conoce a sí mismo como ciencia y la dominación religiosa, demostrando su esfuerzo para ocultar similitudes que sin embargo vuelven a aparecer como síntomas, en las entre líneas de los textos dogmáticos. También demuestra, basa en la teoría neoinstitucionalista del proceso, como la falta de explicación de la base epistemológica de este conocimiento impone obstáculos a preguntas acerca de su legitimidad en el derecho democrático, sobre todo cuando se supone que en una democracia el derecho no se interpreta por la actividad de autoridades ilustradas que, de forma solitaria, como sacerdotes, serían capaces de revelar el sentido último de la norma jurídica en nombre de un Estado mítico. Para aclarar lo que se podría decir con lo religioso, utiliza el texto principalmente las obras de Giorgio Agamben, de ellas extrayendo desdoblamiento de corroboración de la hipótesis planteada.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professor Titular da Universidade FUMEC, ministrando aulas nos cursos de graduação e mestrado em Direito. Professor Adjunto IV da PUC Minas. Bacharel em Ciências Econômicas pela PUC Minas.

<sup>2</sup> Mestra em Direito pela Universidade FUMEC.

**Palabras clave:** dominación religiosa; derecho procesal dogmático; estado democrático de derecho.

## 1 INTRODUÇÃO

O cognominado “Direito Processual” que se ensina nos bancos escolares e nos inúmeros manuais que se encontram nas bibliotecas e livrarias jurídicas se reconhece como ciência, embora não anuncie as bases de sua pretensa cientificidade. Percebe-se, no fim das contas, que o rótulo de ciência assumido por esse segmento do saber jurídico oculta seu inconfessável comprometimento com uma tecnologia de controle e dominação social que é absolutamente imprestável ao direito que se pretenda democrático-inclusivo, embora seus autores não deixem de anunciar seu comprometimento com ideais e “valores” democráticos.

O óbice intransponível ao atendimento da promessa democrática desse “Direito Processual”, aqui tratado como **dogmática jurídica processual**, é sua tão oculta quanto imprescindível relação com a dominação religiosa, a qual não abdica, como se demonstra ao longo do texto, de uma separação radical entre o humano e o divino e supõe um sacerdote a conduzir o trânsito entre essas duas esferas. Na dogmática jurídica processual, esse sacerdote é o julgador detentor do monopólio da revelação última do sentido normativo – o monopólio da jurisdição-atividade do Estado-Juiz.

Aliás, pouca é, de fato, na dogmática processual, a preocupação com a decisão. O intento do saber dogmático não é expor os referenciais a partir dos quais uma decisão poderia se considerar **legítima** (fiscalizável) no direito democrático, mas oferecer justificativas não jurídicas de **legitimação** do ato de julgar – o que faz por um apelo à autoridade, ou seja, à suposição de que alguém se reconhece a condição de sábio especialista clarividente para decidir.

Ao estabelecer aí o eixo de seus esforços, a dogmática processual cinge-se a fornecer a essa autoridade-sapiente um arsenal tecnológico que mascara, ratifica e pretende tornar aceitável a violência do arbitrário, ainda que sob vestes de racionalidade. Tal como um sacerdote, o juiz da dogmática é aquele que, não sendo apenas humano, mas não ostentando a condição de divindade, coloca-se no limiar da normatividade. A norma lhe é anterior, embora somente após o seu dizer é que o sentido normativo possível é **revelado** (jurisdição). O uso que se pode fazer do direito é aquele que ele determina como sendo a vontade do Estado. Essa

é a utilidade do “Direito Processual”: viabilizar a paz sistêmica pelo ato de julgar, pouco importando, no fim das contas, a racionalidade (não solipsista) da decisão.

Para examinar essas questões, e concluir afirmativamente pela existência de tais imbricações, o texto instala uma discussão sobre as bases epistemológicas do direito processual que se pretenda democrático, exibindo o viés meramente tecnológico (portanto, não científico) da dogmática jurídica, fazendo-o com base na teoria neoinstitucionalista do processo. Após, com o auxílio da obra de Giorgio Agamben, explicita-se o que se entende, aqui, por dominação religiosa, para, como consequência, e destacando trechos de escritos de autores considerados referenciais na dogmática processual brasileira, demonstrar como essa dominação é mesmo fundamental ao desenvolvimento das propostas da dogmática jurídica.

O que aqui se pretende, portanto, é demonstrar os prejuízos que a dogmática jurídica processual impõe ao avanço das reflexões acerca direito democrático, entendido para fins do presente estudo, na linha da teoria neoinstitucionalista do processo, como **direito não dogmático**.

## **2 A PROMETIDA CIENTIFICIDADE DO DIREITO PROCESSUAL – O SABER DOGMÁTICO E SUA IMPRESTABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Há que se considerar, de logo, que, segundo escritos específicos da **teoria do direito**, a **dogmática jurídica em geral** assume, na modernidade, explicitamente, tarefas de uma **tecnologia** que visa a tornar operacionalizável o direito, embora pouco se esclareça, nesses mesmos escritos, sobre como ela se poderia considerar legítima numa perspectiva não ideológica – no sentido forte do termo<sup>3</sup> – do direito democrático.

É o que ensina, por exemplo, Tercio Sampaio Ferraz Júnior, quando afirma que as “questões dogmáticas são tipicamente tecnológicas” (1998, p. 93), advertindo, no entanto, que o jurista se revela “não só como um especialista em questões dogmáticas mas, também, em questões zetéticas” (1998, p. 93), e, ainda, que esse mesmo jurista tende “a atribuir maior importância às questões dogmáticas” (1998, p. 94).

---

<sup>3</sup> Ver, sobre o tema, a obra de Rosemiro Pereira Leal (2013), em que o autor, em diversos trechos, considera a ideologia como entrave ao esclarecimento, ou seja, como afirmações autoimunizadas contra críticas.

Nada obstante tais observações, o segmento específico da dogmática jurídica que nos interessa para fins deste estudo, e que se auto-intitula “Direito Processual”, não costuma se reconhecer como **tecnologia**, afirmando-se peremptoriamente uma **ciência**<sup>4</sup>.

Nos bancos escolares, mormente nos primeiros semestres dos cursos de direito, nos congressos jurídicos, nos manuais vendidos em livrarias especializadas, tem-se como certo que, já a partir de meados do século XIX, “não se pôde mais por em dúvida a autonomia científica do Direito Processual” (CÂMARA, 2012, p. 11). O projeto científico é, nessa perspectiva, absoluta e inquestionavelmente exitoso: o Direito Processual é uma “disciplina autônoma na árvore da ciência do direito” (ALVIM, 2005, p. 45).

No entanto, omitem-se os escritos dessa dogmática processual em expor as bases epistemológicas autorizativas da adoção do rótulo “ciência” por seu saber – o que torna perigosamente indistintas a técnica (e a tecnologia) e a ciência, apesar das advertências, adiante articuladas, de importante estudioso do tema.

Aliás, a insistente omissão desse segmento da dogmática em problematizar a cientificidade do direito que professa (interessando-nos, aqui, principalmente, a dogmática brasileira, que afirma orgulhosa ser o resultado de supostos avanços do direito europeu<sup>5</sup>) não é mesmo sem motivo, como se verá.

Há um viés estratégico na ausência de preocupação em distinguir tecnologia (dogmática jurídica) e ciência. Segundo Rosemiro Pereira Leal, elaborador da teoria neoinstitucionalista do processo por assimilação de contribuições do epistemólogo austríaco Karl Popper<sup>6</sup>, quando não se explicitam as fontes epistemológicas do saber jurídico, com a implantação da indistinção entre técnica e ciência, esta última perde seu potencial de esclarecimento acerca dos níveis de violência estrutural que o direito encaminha e acaba, como tecnologia, servindo à técnica. Segundo o autor,

A Ciência e sua teorização é uma conquista intelectual ocorrida após séculos de dominação da **técnica** e das diversas **teorias da técnica** que prevaleceram e prevalecem por várias gerações para a sobrevivência, controle, subjugo de classes,

---

<sup>4</sup> Esclareça-se que não se pretende, aqui, discutir longamente a *contraditio in terminis* contido na expressão “ciência dogmática do direito”, muitas vezes utilizada por Tercio Sampaio Ferraz Júnior em suas diversas obras, bem como a colaboração que essa “ciência” presta a uma sociedade (“*função social*”) pressuposta e de origens irrelatadas, porque essas questões já foram exaustivamente enfrentadas por Rosemiro Pereira Leal em *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória* conjectural (2013) e, antes, no artigo *Processo Civil e Sociedade Civil* (2005).

<sup>5</sup> José Eduardo Carreira Alvim chega mesmo a dizer, quando examina o desenvolvimento histórico do direito processual, que as instituições jurídicas atuais se desenvolveram inspiradas no direito romano, e que é o direito romano base do direito “de quase todas as nações cultas do mundo” (2005, p. 27), reproduzindo o eurocentrismo que é igualmente corriqueiro nas lições que se estampam nos manuais.

<sup>6</sup> Sobre essa epistemologia, ver POPPER (2002).

raças, nações, pela criação de utilidades, artefatos, mitos, fetiches, ritos, dogmas, cânones, costumes, leis, métodos, sistemas, de extrema eficiência governativa ou opressora, como se vê da história dos povos antigos, considerados modelos de civilização, como os gregos e os romanos, pelo laborioso trabalho que hoje se chama **mídia** que nada mais é do que **ideologias das técnicas** agrupadas e direcionadas para disciplinarização jurídico-política e, conseqüentemente, econômica, mercadológica e de dominação cultural. (LEAL, 2013, p. 34)

Por isso é que, se, como visto, a dogmática é tecnológica, jamais poderia, a partir de recentes cogitações jurídicas, tais como as advindas da teoria neoinstitucionalista do processo, considerar-se, simultaneamente, ciência. Não se admitiria, nessa quadra de reflexão, que a Ciência Processual comprometida com o estado democrático de direito recorresse ao *dogma* (ato de autoridade que resolve os problemas de operacionalidade do direito) para se afirmar, porque este se encontra desde sempre imunizado contra a crítica (que é, por sua vez, no sentido popperiano do termo, apontamento de vazios nos conteúdos informativos dos enunciados teóricos) acerca da validade de seus fundamentos.

Essa impossibilidade da dogmática jurídica com a ciência do direito ainda é ressaltada por Rosemiro Pereira Leal, que afirma explicitamente haver um **antagonismo** entre estado democrático e a chamada “ciência dogmática”. Esclarece o autor que

O que sempre me causou estranheza foi o fato de os juristas falarem, a partir de 1988, em Democracia no Brasil, afirmando orgulhosamente estarem no Estado Democrático de Direito, e conduzirem a compreensão desse paradigma estatal pela “Ciência Dogmática do Direito” que, a meu entender, é um instrumento lógico-jurídico de livre manobra dos experts e autoridades para realizar, de modo nomológico e tópico-retórico (doutrinário), com apoio na dogmática analítica, a mítica dos ideais de falaciosa justiça, paz, bem comum e fins sociais de um direito que pode ou não ser legislado. (LEAL, 2013, p. 14)

Apesar disso, o *topos* da “autonomia científica” do direito processual (dogmático) parece evitar, cuidadosamente, as críticas (no sentido popperiano do termo, como se disse) que a ela se oporiam acerca de seus (nunca explicitados) referenciais epistemológicos, viabilizando, com isso, a manutenção da ostentação do mágico e sedutor rótulo de “ciência” que estaria a conceder inquestionável credibilidade às lições que encaminha.

Colocar em xeque a cientificidade do saber construído por esse direito processual dogmático implicaria, talvez, risco à sua aceitabilidade pelos estudantes e futuros “operadores” do direito, porque isso poderia instaurar dúvidas sobre a objetividade dos ensinamentos desinteressados dos *experts* (autoridades sapiências autorizadas a interpretar o direito e a emitir opiniões sobre como questões jurídicas relevantes se resolvem – o dogma).

Sem essa “racionalidade” em que ela tacitamente se justifica e se apoia e da qual parece não poder prescindir para se legitimar na modernidade secularizada (Habermas, 1997),

a dogmática poderia perder sua força de dominação e regulação social estratégica – a sua “função social”, nas palavras de Ferraz Júnior (1998).

Se é assim, há um problema que dogmática precisa resolver para continuar a dizer-se ciência e, portanto, racional. Se ela é constituída a partir de dogmas (opiniões e atos de autoridade), não seria admissível que as opiniões dos *experts* tenham surgido *ex nihilo* – o arbitrário ficaria patente.

A solução encontrada pelos autores da dogmática processual é prestar adesão ao direito romano<sup>7</sup>. Não raro, atribuem a esse direito uma racionalidade intrínseca que justifica sua apropriação pela modernidade. A hegeliana mensagem aí oculta é a seguinte: somos modernos, porque fomos capazes que colher e filtrar o que havia de racional no direito romano.

Assim, o que se infere das lições da dogmática é que a sua racionalidade é aquela já presente no direito romano, apenas filtrada por métodos diversos e aproveitada por sua cognominada ciência processual. A “moderna ciência do processo” justifica-se, então, através da apropriação da racionalidade dos antigos.

Esse viés de abordagem é mesmo imprescindível à dogmática jurídica processual. É exatamente assim que se desenvolve a obra de Oskar von Bülow, *Teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais* (1964), publicada originalmente em 1868, e considerada, como já longamente demonstrado (LEAL, 2008), fundadora da moderna “ciência do processo”. Vê-se que, para Bülow (1964), a tarefa da ciência é mesmo a de eliminar os equívocos de leitura histórica do direito romano, resgatar sua lógica e adaptá-lo à modernidade. Segundo muitos autores atuais da dogmática processual brasileira<sup>8</sup>, é exatamente isso que os novos tempos estariam a exigir<sup>9</sup>.

Além de todas essas fragilidades, há um outro incômodo aspecto que revela a imprestabilidade da dogmática processual ao auxílio da operacionalização do direito

---

<sup>7</sup> José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, por exemplo, deixam clara sua adesão aos ensinamentos hauríveis do direito romano, porque estes podem ser a chave para resolver problemas do direito atual. Para os autores, “o casuismo romano consolidado no *Digesto*, interpretado à luz do método histórico-crítico – na depuração dos textos que encerram soluções magnificamente obtidas pelos juristas romanos – , possibilita, sem qualquer dúvida, a abertura de novos horizontes para o estudo do processo moderno.” (CRUZ e TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 24).

<sup>8</sup> Interessante é notar que Cândido Rangel Dinamarco (2004) sugere que certos dogmas sejam abandonados, embora, no correr de seu texto, apresente novos a serem acolhidos. A autoridade-julgadora e seus ditos sapientes (dogmas) continuam a ocupar o lugar central na operacionalização do direito.

<sup>9</sup> Discorrendo sobre essa exigência e o anteprojeto de um novo Código de Processo Civil brasileiro, André Cordeiro Leal aduz que “Não obstante se afirme que estaríamos atravessando ‘*novos tempos*’, não se esclarece se o novo, como seria de se esperar, tem origem na constitucionalidade democrática ou, apenas, numa realidade de origens irrelatadas e inesclarecidas (eventuais contingências econômicas e tecnológicas) a exigir um novo direito” (LEAL, 2012, p. 102).

democrático que ela, não obstante, tenta afastar para, igualmente, afirmar a racionalidade do que ensina, mas, ao mesmo tempo, como uma espécie de sintoma, reaparece em seus escritos e sobre o qual pouco se debate: a insistente presença do **religioso**.

As inevitáveis imbricações entre o chamado “direito processual” e o religioso são, muitas vezes, explicitamente negadas<sup>10</sup> por muitos processualistas atuais, embora os chamados autores clássicos do direito processual não se importassem em explicitar similitudes entre o desenrolar procedimental moderno e a ritualística decisória dos antigos, embora frisassem que esses fundamentos religiosos tenham se diluído ao longo dos tempos<sup>11</sup>, indicando a incidência da secularização caracterizadora da modernidade<sup>12</sup>.

A questão é saber até que ponto, e como, o pensamento dogmático processual, tal qual é apresentado, está contaminado, apesar de todas as tentativas de esquecimento, no fim das contas, pelo religioso, reproduzindo as formas de dominação que muitas vezes afirma terem sido afastadas pela racionalidade pressuposta na cientificidade que pretende sustentar.

### **3 O RELIGIOSO EM GIORGIO AGAMBEN E A AUTORIDADE SACERDOTAL**

*Profanações* (2007), de Giorgio Agamben, no capítulo intitulado *Elogio da profanação*, permite desenvolver reflexões sobre as referidas imbricações entre a dogmática processual e o religioso. Embora não seja essa a temática da obra do filósofo, sua leitura

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, José Eduardo Carreira Alvim complementa seu raciocínio atinente ao direito moderno e afirma que esse, sendo de origem romana, teria se afastado das vertentes processuais não racionais de povos que invadiram Roma, pois, para o autor, o confronto entre Roma e os invasores representou um choque entre dois métodos diferentes de resolução de conflitos: “De um lado, o processo romano, altamente aprimorado e, de outro, o germânico, um processo rudimentar de fundo místico-religioso” (2005, p. 27). Dos dizeres do autor o que se infere é que aprimoramento significa afastamento da rudimentaridade místico-religiosa – o que indicaria que o direito romano não chegou por acaso à modernidade, tendo em vista que, nessa linha de raciocínio, já satisfaria a exigência de racionalidade.

<sup>11</sup> Carnelutti, por exemplo, afirma que “nada mais é necessário para pôr em evidência os nexos históricos entre a jurisprudência e o sacerdócio, cujos vestígios a história mostra em todos os povos, e em particular entre os romanos”. E embora afirme que “o direito tenha perdido as formas primitivas” reafirma que “hoje mesmo, no pensamento dos mais dignos, a jurisprudência se equipare ao sacerdócio” (CARNELUTTI, 1942, p. 97-98),

<sup>12</sup> Há autores relevantes que afirmam mesmo que modernidade não supõe o afastamento da tradição e da autoridade, sustentando sua imprescindibilidade para as sociedades atuais – o que implica, portanto, adoção de uma perspectiva oposta daquela aqui sustentada, embora corroborativa da influência do religioso no pensamento político atual. Nesse sentido, Carl J. Friedrich (1974) sustenta que “*O contraste entre autoridade genuína e autoridade falsa é apresentado frequentemente pelo contraste de autoridade racional e autoridade não-racional, mas tal contraste é enganador, já que grande parte da autoridade genuína repousa em fundamento religioso ou outras bases meta-racionais de um tipo ideológico que poderá perfeitamente proporcionar a base para elaboração racional. A potencialidade para a elaboração racional é crucial. Não é a crença psicológica na tal capacidade que é decisiva, mas a presença real de tal capacidade. Só se isso for claramente compreendido é que a possibilidade de uma autoridade “falsa” poderá tornar-se compreensível*” (FRIEDRICH, 1974, p. 84). Segundo a perspectiva aqui adotada, no entanto, autoridade e racionalidade (no sentido popperiano) não se articulam.

autoriza inferências instigantes para a temática ora proposta. No texto, Giorgio Agamben apresenta uma perspectiva da religião contrária àquela do senso comum. Cuidadosamente analisada, a proposta do autor italiano é mesmo apta a explicitar como o direito processual dogmático permanece indissociavelmente contaminado por fundamentos da dominação religiosa.

Discorrendo sobre a etimologia do termo religião, esclarece Agamben que *religio* “não deriva de *religare* (o que liga e une o humano ao divino), mas de *relegere*, que indica a atitude de escrúpulo e de atenção que deve caracterizar as relações com os deuses” (AGAMBEN, 2007, p. 66). A partir desse pressuposto, informa que toda religião supõe uma separação entre duas esferas: as do humano e do divino.

Para o autor (AGAMBEN, 2007), em síntese, se algo pode ser considerado sagrado (sacrare) é por ter sido subtraído ao uso humano e reservado aos deuses, sendo um ato de sacrilégio violar a retenção da coisa consagrada. Já o profano consistia naquilo que houvesse sido restituído ao livre uso dos homens. A subtração do livre uso é forma de poder e de dominação por um dispositivo.

Diante disso, Agamben (2007) afirma que sempre haverá, na religião, esse poder de definir o que seria a coisa consagrada e a coisa profana, o qual se revela dentro dos seus rituais religiosos. A religião objetiva, por conseguinte, subtrair coisas, lugares, animais ou pessoas do uso comum, transferindo-a para uma esfera separada: a coisa é transformada em consagrada ou religiosa.

Nesse sentido, destaca-se, aqui, um aspecto que advém do pensamento agambeniano, embora, repita-se, o autor não o tenha trabalhado explicitamente na perspectiva dos desdobramentos necessários a este trabalho: o papel do sacerdote. Não pode haver religião sem o sacerdote, ou seja, sem aquele que se coloca entre o profano e o sagrado. Ele não é um deus, mas também não é um homem. O sacerdote é aquele que, encontrando-se no limiar do religioso, é a autoridade que preside o trânsito entre as duas esferas.

Para Agamben, a secularização não afasta os mecanismos de dominação religiosa. Segundo o filósofo italiano, há uma questão que merece ser aqui analisada: a diferença entre a secularização e profanação. Em suas palavras, “A secularização é uma forma de remoção que mantêm intactas as forças, que se restringe a deslocar de um lugar a outro” (AGAMBEN, 2007, p. 68). Ressalta que “a secularização política de conceitos teológicos (a transcendência de Deus como paradigma do poder soberano) limita-se a transmutar a monarquia celeste em monarquia terrena” (AGAMBEN, 2007, p. 68), embora, ressalta o autor, o poder permaneça intacto.

Nessa perspectiva, o que faz a secularização é apenas deslocar as forças da religião de um lugar para outro, sem desativar seus mecanismos de dominação (e de opressão, diríamos). Na profanação, por sua vez, na leitura do filósofo, ao contrário, o separado (pela religião) perde sua aura e volta a ser restituído ao uso.

Em síntese, na secularização, o exercício do poder é preservado, enquanto, na profanação, o poder é anulado e a coisa sagrada devolvida ao uso comum (AGAMBEN, 2007).

Tais afirmações permitem entender que, na perspectiva do religioso, somente o sacerdote (ou equivalente) poderia, legitimamente, devolver ao uso comum o que é sagrado ou consagrado. Também somente ele pode indicar, enquanto a sacralidade da coisa permanece, **o uso que dela se possa fazer**.

É nesse ponto que podemos esclarecer a proposta teórica deste trabalho. Parece haver mesmo uma inafastável perspectiva religiosa na visão da dogmática: o ponto de contato está na imprescindibilidade de um sacerdote-autoridade para que a dominação se desenvolva.

#### **4 A TECNOLOGIA DA DOGMÁTICA JURÍDICA PROCESSUAL A SERVIÇO DA AUTORIDADE SAPIENTE**

Os autores da dogmática processual não podem abrir mão de sacerdotes jurídicos, porque supõem o saber mítico-religioso de uma autoridade como núcleo da dominação (operacionalidade do direito). Há que se esclarecer, no entanto, qual é o objeto do trabalho desses novos sacerdotes, ou seja, o que é que, de alguma maneira, eles retiram do uso comum.

No “Direito Processual” dogmático, o sacerdote, a quem auxílio e suporte presta a preocupação constante do saber dos autores, adota o nome de juiz – a autoridade capaz de revelar o sentido normativo (oculto em práticas sociais, na legalidade ou na “realidade” inocente) para o caso concreto (e dizer o que é justo ou o justo ou injusto, constitucional ou inconstitucional, legal ou ilegal, adequado ou inadequado, razoável ou irrazoável, o preferível ou não preferível, o possível e o impossível, quais são os valores vigentes na sociedade e quais aquele que não mais vigem<sup>13</sup>).

Quando se leva em conta o que se ensina nos diversos manuais de direito, tem-se que hoje, no Brasil, a vontade suprema dos deuses recebe o rótulo de **vontade** do Estado, a qual

---

<sup>13</sup> Sobre esse aspecto, é interessante notar que Rosemiro Pereira Leal discorre sobre “o caráter oculto do sentido normativo” (2013, p. 15), assim como André Cordeiro Leal fala de um “jurisdicionalismo sacerdotal” (2012, p. 102).

se torna acessível aos homens (partes no procedimento) pela palavra última dos interlocutores-sacerdotes: os juízes.

Assim como o sacerdote representa a divindade, sem ser a divindade, presentifica-a, mas não a suprime ou substitui, mas restringe, em nome dos deuses, o uso das coisas, tornando-o possível em uma única ou em poucas formas, os juízes presentificam o Estado, a fonte da normatividade, falam em seu nome, mas não o substituem. Talvez por isso seja comum, nos manuais de direito processual, a utilização do termo “Estado-Juiz”, no qual se vê que o “Juiz” não é o “Estado”, mas está sempre indissociavelmente vinculado (graficamente) ao primeiro para ter o sentido que precisa assimilar.

É desses juízes a última palavra sobre o sentido normativo, eles revelam o único uso (sentido) possível que a norma pode assumir. Esse desvelar do sentido normativo é a missão dos juízes clarividentes. E a dogmática jurídica processual apoia-se exatamente nessa palavra última para se desenvolver<sup>14</sup>.

Talvez por isso a insistência da dogmática em geral em afirmar a importância de seu juiz sacerdote. Para Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo,

Quando se insiste na necessidade de o juiz atribuir sentido ao caso levado à sua análise, deseja-se, antes de tudo, dizer que ele não pode se afastar da realidade em que vive. Se a percepção das novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para atribuição de sentido aos casos que não estão na cartilha do judiciário, a apreensão de novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalhador etc, é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos. (MARINONI, 2012, p. 95)

E o mesmo autor arremata seu raciocínio:

Embora essas duas atitudes também importem para desvendar a necessidade de uma nova elaboração legislativa, o seu peso maior recai sobre o juiz, uma vez que é evidente que o legislador não pode andar na mesma velocidade que a evolução social – o que, aliás, já constitui ditado vulgarizado. Por isso, o surgimento de novos fatos sociais dá ao juiz a legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos. (MARINONI, 2012, p. 96)

Essa capacidade iluminada de sacerdotes-juízes de Marinoni é também afirmada por Dinamarco:

---

<sup>14</sup> Antoine Garapon suscita o problema que aqui se analisa e se mostra mesmo incomodado com a questão da religião e do direito na modernidade. Ele afirma, sobre a autoridade estatal, principalmente a judiciária, que “A autoridade é o que liga o princípio do poder e a sua eterna actualização” (p. 193) para, em seguida perguntar-se, sobre a importância da autoridade para o direito contemporâneo, em subtítulo, se a solução judiciária para a operacionalidade do direito poderia ser “Um equivalente moderno da religião?” (2008, p. 193).

Tudo andaria muito bem se o legislador não fosse um ser humano e tivesse a capacidade de prever rigorosamente tudo quanto na vida comum pode acontecer. Mas, como a vida é muito mais rica do que a imaginação do legislador, na experiência comum surgem situações que, contrariando as expectativas, não comportam as soluções postas nos textos do direito positivo. [...] Daí a imperfeição de toda ordem jurídico-positiva, a ser superada pela atuação inteligente e ativa do juiz empenhado em fazer com que prevaleçam os verdadeiros princípios da ordem jurídica sobre o que aparentemente poderia resultar dos textos. (DINAMARCO, 2004, p. 21).

Veja-se que, em Dinamarco, embora o legislador seja “humano”, o juiz, ao que tudo indica, parece ser mais do que isso, porque ultrapassa o legislador em capacidade, já que a ele se atribui uma função que não pode ser assumida pelo legislador-humano. O juiz, falando pelo Estado, compreende toda a sua realidade e pode, sozinho, fazer valer o direito (que, por óbvio, somente ele sabe qual é).

O solipsismo sacerdotal é evidente. Se o povo se sujeita à norma estatal, mas não pode saber qual é o sentido dessa norma, estando a esperar o ato da autoridade para fruir dos direitos que imagina ter, mas não sabe exatamente quais são, o ato de julgar parece mesmo ser o de **revelação** do único e oculto sentido (uso) possível da norma jurídica.

Interessante notar que o próprio Agamben foi impactado pela (tão necessária à dogmática) arbitrariedade da atividade dos juízes. Encontrando nas palavras do processualista italiano Salvatore Satta (e a ele fazendo referência expressa) a confirmação de seu assombro, Agamben, em *O que resta de Auschwitz* (2008), diz da irracionalidade do julgamento jurídico e do direito processual que lhe dá suporte. Ao comentar *O processo*, de Kafka, observa o filósofo italiano que

Raramente se observou que esse livro, no qual a lei se apresenta na forma do processo, traz uma intuição profunda sobre a natureza do direito, que aqui não se apresenta – segundo a opinião comum – tanto como norma, quanto como julgamento e, portanto, processo. Ora, se a essência da lei – de toda lei – é o processo, se todo direito (e a moral que está contaminada por ele) é unicamente direito (e moral) processual, então execução e transgressão, inocência e culpabilidade, obediência e desobediência se confundem e se perdem em importância. “O tribunal não quer nada de ti. Acolhe-te quando vens e te deixas partir, quando vais embora”. A finalidade última da norma consiste em produzir julgamento; este, porém, não tem em vista nem punir nem premiar, nem fazer justiça nem estabelecer a verdade. O julgamento é em si mesmo a finalidade, e isso – já foi dito – constitui o seu mistério, o mistério do processo. (AGAMBEN, 2008, p. 28)

O que percebeu Agamben é que a dogmática jurídica processual se constrói para legitimar o ato de julgar, muito pouco ou nada importando a decisão. Isso fica claro quando Agamben aborda a **coisa julgada** (tão cara, aliás, aos debates dogmáticos):

Como os juristas sabem muito bem, acontece que o direito não tende, em última análise, ao estabelecimento da justiça. Nem sequer da verdade. Busca unicamente o julgamento. Isso fica provado para além de toda dúvida pela força da coisa julgada, que diz respeito também à sentença injusta. A produção da coisa julgada – com a qual a sentença substitui o verdadeiro e o justo, vale como verdadeira a despeito de sua falsidade e injustiça – é o fim último do direito. (AGAMBEN, 2008, p. 28)

Interessante é que Luhmann, sob outra perspectiva (cética, diríamos), acabe dizendo o mesmo. Tercio Sampaio Ferraz Júnior, na apresentação do texto luhmanniano intitulado *Legitimação pelo procedimento*, afirma:

Em conclusão: para Luhmann, sendo a função de uma decisão absorver e reduzir insegurança, basta que se contorne a incerteza de *qual* decisão ocorrerá pela certeza de que *uma* decisão ocorrerá, para legitimá-la. Em certo sentido, Luhmann concebe a legitimidade como uma ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na *ficção* de que existe a possibilidade de decepção do rebelde, só que esta não é, de fato, realizada. O direito se legitima na medida em que seus procedimentos garantem essa ilusão. (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 5).

Garapon também comenta sobre como os rituais e simbolismos religiosos encontram-se emaranhados na ritualística judiciária atual.

Embora o autor, em sua obra de 1997, estivesse mais preocupado mais com o espaço judiciário, e não tanto com o papel do juiz, já que, para ele, “*O primeiro gesto da justiça consiste em delimitar um lugar, circunscrever um espaço propício à sua realização.*” (GARAPON, 1997, p. 25), descreve as salas de audiências como o interior de uma catedral ou igreja cristã, sendo o espaço do público separado do centro da sala de audiências por uma pequena barreira, cuja função é separar – indicando, assim, já a cisão ente profano e o sagrado<sup>15</sup>.

Segundo Antoine Garapon, portanto, no ritual judiciário há uma “encenação” (1997, p. 72). Na perspectiva por ele desenvolvida, “Sem a ajuda do símbolo e do ritual, o direito seria uma mera ideia irreal ou ilusória, pelo que necessita do símbolo para se transformar em experiência concreta” (GARAPON, 1997, p. 72).

Esse mesmo autor discorre, ainda, sobre a origem simbólica do traje judiciário. A toga é objeto de longo trecho do trabalho. O autor afirma, por exemplo, que “o traje judiciário

---

<sup>15</sup> Garapon afirma que “Nas basílicas, a *cancell* na verdade encerrava o *cancel*, ou seja o local onde se encontrava o imperador com os seus representantes, ou a sua imagem [...]. O *cancel* é o espaço judiciário por excelência; é o espaço mais sagrado, o pretório, o santo dos santos, o mais longínquo que se pode alcançar. É a ele que todos os labirintos conduzem e é ele que todas as barreiras impedem de atingir: tudo o resto existe em função deste local, que, por sua vez, suscita a existência de tudo o resto” (GARAPON, 1997, p. 37)

tem a sua origem na realização da sagração, o que atenua a oposição entre a origem real e a origem clerical do traje judiciário, já que a veste que o rei recebia no dia da sagração – a mesma que depois concedia aos presidentes dos parlamentos – era um traje religioso.” (GARAPON, 1997, p. 82)

Surge para o autor, novamente, a inevitável aproximação entre o direito e a religião:

Tudo se passa como se a justiça contemporânea fosse obrigada a ocupar o lugar deixado vago pelo religioso oficial, sendo esse vazio contranatura e o silêncio moral demasiado difícil de suportar. A ascensão do jurídico, pelo qual passam agora obrigatoriamente todos os debates, é um dos eventos marcantes da vida de todas as sociedades democráticas destes últimos anos. Verifica-se, quer ao nível de toda a comunidade política e das comunidades internas dos Estados, quer ao nível dos próprios indivíduos. Nesses três domínios, o jurídico toma o lugar outrora ocupado pelo religioso. (GARAPON, 1997, p. 231)

Vê-se que, no fim das contas, em todos esses autores, religião e dogmática jurídica se encontram: todo o trabalho do “Direito Processual” dogmático que se arvora em ciência é o de legitimar o ato de decidir<sup>16</sup> pelo reforço incondicional da especialíssima habilidade da autoridade que decide. Mesmo afirmando que o processo deve ser “apto a produzir resultados justos (DINAMARCO, 2004, p. 12)”, Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, faz ressalva, ao discorrer sobre os princípios do direito processual, no sentido de que

É preciso, no entanto, não se ofuscar tanto com o brilho dos princípios nem ver na obcecada imposição de todos e cada um a chave mágica da justiça, ou o modo infalível de evitar injustiças. Nem a segurança jurídica, supostamente propiciada de modo absoluto por eles, é um valor tão elevado que legitime um fechar de olhos aos reclamos por um processo rápido, ágil e realmente capaz de eliminar conflitos, propiciando soluções válidas e invariavelmente úteis (2004, p. 13)

Com isso, Dinamarco deixa mesmo patente que fazer justiça é apenas uma promessa (embora não demarque cuidadosamente o que se poderia entender por justo) que pode ou não ser cumprida. Mesmo que a justiça não seja feita, o julgamento é sempre útil (ao sistema, em termos luhmannianos) e realiza a docilização dos destinatários da decisão que permanecem alheios a qualquer fiscalidade possível.

Todas essas críticas reforçam mesmo que só pela via de uma democracia processualizada não dogmática é possível afastar o pensamento dogmático religioso. No entanto, a processualidade de que se trata não é, por óbvio, a que sustenta o “Direito Processual” de influência bülowiana.

---

<sup>16</sup> Garapon afirma expressamente que “*O evento de julgar integra a justiça da mesma forma que integra o direito, ou seja, é a sua fundação*” (GARAPON, 1997, p. 19)

A teoria neoinstitucionalista propõe um giro importante na perspectiva tradicional, elaborando uma teoria de controle da decisão jurídica que torna despidiendas apelos à sapiência e às idiosincrasias sacerdotais-judiciais.

Rosemiro Pereira Leal, autor da teoria, explicando o devido processo em sua perspectiva, e considerando os princípios institutivos do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia), esclarece que

*A teoria neoinstitucionalista do processo inaugura uma concepção de **devido processo** como *dever* a partir de uma linguisticidade jurídica que é marco *interpretante* de criação (*vir-a-ser*) e atuação de um sistema normativo de tal modo a permitir a fusão biunívoca de vida-contraditório, liberdade-ampla defesa, isonomia-dignidade (igualdade), como direitos fundantes (fundamentais) de uma coinstitucionalidade instrumental à sua respectiva implementação. A constituição não é um mero artefato gráfico-cartular (ou eletrônico), mas um **discurso** cujo **texto** ser faz por uma **teoria do processo** como **interpretante** construtivo e operacional do sistema a possibilitar um *igual direito* de interpretação para produtores e destinatários normativos, rompendo-se, assim, como o axioma positivista de que “não é possível construir um saber unitário e coerente sobre o direito, oferecendo respostas no âmbito de uma só teoria”. (LEAL, 2013, p. 37)*

Daí se poder afirmar, com base na teoria neoinstitucionalista, a existência de uma via científica que afasta a tirania que impera há séculos no direito e que se radicaliza e se oculta na dogmática processual da modernidade.

## 5 CONCLUSÕES

O direito que se pretenda democrático não pode continuar atrelado, em sua interpretação, aos referenciais herdados de compreensões do direito que ainda apelam à autoridade, porque isso significa eleger guardiões para o sentido normativo e reproduzir a truculência histórica imposta pela dominação religiosa.

Supor que a autoridade clarividente possa encontrar, de forma solipsista, soluções aos complexos problemas jurídicos que se apresentam na atualidade implica negar aos destinatários das decisões uma fiscalidade (criticabilidade) que permita ampliar os níveis de esclarecimento recíproco dos integrantes das comunidade jurídica, com maiores possibilidades de diminuir continuamente os níveis de violência simbólica de que o direito tradicional se ressente.

Por conseguinte, insta denunciar as raízes religiosas da dogmática jurídica processual, de molde a que se descortinem possibilidades de novas reflexões jurídico-democráticas, com o abandono na crença ou fé na autoridade sapiente. A teoria

neoinstitucionalista do processo oferece fecundas propostas e, apresentando-se como marco de testificação dos níveis de democraticidade decisória, permite ao direito contemporâneo prescindir do saber ou clarividência daquele que decide.

## **REFERÊNCIAS**

AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de auschwitz**. São Paulo: Boitempo, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 10. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v 1.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Saraiva, 1942.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. (Coleção Pensamento Político; 15).

FRIEDRICH, Carl J. **Tradição e autoridade em ciência política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v.

LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante)projeto do novo cpc. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; LEAL, André Cordeiro. **A tensão entre o público e o privado**: ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 97-112.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro P. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz; 7)

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus**. Belo Horizonte, ano 4, nº2, dezembro de 2005. Disponível em [http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2\\_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf) . Acesso em: 29 de julho de 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v 1.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 14ª ed. São Paulo: Cultrix, 2002.