



CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA NA LÓGICA DO RACIONALISMO CRÍTICO

Rosemiro Pereira Leal

Doutor em Direito Constitucional pela UFMG, professor da UFMG (Direito Processual e Econômico) e Especialista em Direito Público pela UFMG. Professor convidado de Direito Processual da Universidade Nova de Lisboa (UNL). Professor integrante da Popper Gallery da Universidade de Warwick (Inglaterra). Professor-co-fundador e implantador da pós-graduação *stricto-sensu* da Faculdade Mineira de Direito da PUC/Minas. Presidente-Fundador da Associação dos Advogados de Minas Gerais e do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ).

Resumo: A entificação ideológica de democracia se tornou uma peça monumental na arquitetura constitucional dos povos a tal ponto de se transformar num talismã de uso patriótico que já em si imanta a coletividade que a ostenta de um amor à liberdade muito além da vida como se esta fosse um bem fungível perfeitamente cambiável e sacrificável por valores e virtudes gestadas na *praxis* de uma linguagem universal inerente ao reino de uma racionalidade que só ao homem é dada como traço distintivo ante o apego animal ao orgânico efêmero e instrumental. Neste ensaio, pretende-se indagar se há um problema lógico que antecede ao problema psicológico que vem sendo privilegiado como objeto das soluções positivistas (epagógicas) dos conflitos humanos pelos juízos de certeza, consenso, conveniência e equidade da *auctoritas* ao longo dos milênios.

7

Palavras Chave: Constituição - Democracia - Hermenêutica - Estado Democrático de Direito

Sumário: 1- Argumento e Fundamentação; 2- Desastres do Constitucionalismo Indemarcado; 3- Mitos como Fatos Incontroversos e Consumados; 4- Políticas Públicas e Ações Afirmativas; 5- *Ratio Legis* e *Mens Legislatoris*; 6- Conclusão

Constitution and Democracy in the Logic of Critical Rationalism

Abstract: The ideological entification of democracy has become a piece in constitutional architecture of the peoples to the point of becoming a talisman for patriotic use that already imbues the collectivity that flaunts it for a love of freedom for beyond life as this were a fungible asset that was perfectly exchangeable and sacrificable for values and virtues generated in the *praxis* of universal language inherent in the realm of a rationality that only man is given as distinctive feature in face to animal attachment to the ephemeral and instrumental organic. In this essay we intend to ask whiethen there is a logical problem that procedes the psychological problem that has been privileged as an object of positivist (epagogical) solutions to human conflits through judgments of certainty, consensus, convenience and fairness of *auctoritas* over the millenia.

Keywords: constitution; democracy; hermeneutics; democratic rule of law

Summary: 1- Argument and reasoning; 2- Disarters of untitled constitutionalism; 3- Miths as incontrovertible and acomplished facts; Politicals Publics and actions Affirmation 5- *Ratio Legis* and *Mens Legislatoris*; 6- Conclusions



1- Argumento e Fundamentação

A dogmática analítica como referente lógico inseparável da autoridade persegue ostensivamente o objetivo de tornar o mundo jurídico idêntico a si mesmo de tal sorte a criar uma doutrina da uniformização de decisões aceitáveis pelos destinatários normativos por uma jurisprudencialização do direito em nome da segurança jurídica, deixando *a-latere* a questão de fundo fenomenológico (Heidegger) e as pretensões de fundamentação que, nas palavras de Habermas, estariam, para Heidegger, separadas dos argumentos da hermenêutica existencial - *sic*-

.... Heidegger de “ser e tempo” era ainda fenomenólogo o suficiente para repetir a noção de que sua hermenêutica existencial, levada a cabo argumentativamente, estaria separada de todas as pretensões de fundamentação (Habermas, 2000, p 217).

Aqui Habermas analisa Heidegger segundo suas convicções da possibilidade de fundamentação a partir da *praxis* mundana que sustenta, com relativo socorro na pragmática transcendental de Apel, ao preconizar um agir comunicativo benévolo de inerência da fala ao entendimento humano, o que importa numa crença na fatalidade do consenso pelo senso comum e senso comum do conhecimento (realismo crítico) da virada pragmático-linguística de Wittgenstein. O certo é que, tanto em Habermas, quanto em Apel, Gadamer e Rorty, conforme se vê no alentado estudo de Álvaro Cruz (2007) em debate que trava com a escola gaúcha da hermenêutica jurídica ao enfoque do constitucionalismo brasileiro, sua formação e aplicação, que oscila entre a **teoria do discurso** e a **ontologia existencial**, segundo o título de sua obra, nada se cogita sobre o **nível teórico instituinte do direito**, o que torna o debate um jogo de hermenêuticas egresso de um **constitucionalismo** histórico e cultural substantivado numa jurisprudência de valores, regras e princípios, achados por mentes prodigiosas numa rede dogmática (ética e moral) de sentidos inescapáveis.

Em sua obra, a todo momento Álvaro se desculpa de estar em vários *topos* ao mesmo tempo como a intentar conciliar o monismo lógico com nominalismos da *querela universalis* que contempla a indemarkação teórica das proposições como via de torná-las enunciados referenciais de suas indagações ideológicas. Em qualquer hipótese, em todo o curso do debate empreendido por Álvaro Cruz, é forte a carga de *sociologismo* de suas incursões, somada à



historicidade autopoietica dos gadamerianos, que aceitam um direito *íntegro*, sem lacunas, a provocar uma leitura idílica do paradigma de **Estado Democrático de Direito** que, por sua própria confissão, é o Estado a ser realizado pelo Poder Judiciário, uma vez que, na sua compreensão, o Estado Liberal foi obra do Legislativo e o Social de Direito (*Welfare State*) foi o eixo do Executivo - *sic* -

.... Esse engajamento da magistratura certamente é elemento essencial para a superação do Estado Social de Direito pelo Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, enquanto o legislativo teve a supremacia no Estado Liberal e o Executivo no Estado Social, agora seria a vez do Judiciário (Cruz, 2007, p. 17).

Dizendo contrapor-se ao seu interlocutor, Álvaro, logo adiante, censura a escola gaúcha da hermenêutica gadameriana por uma evidência do poder judiciário (Cruz, 2007, p. 229-*fine*) na caracterização do Estado Democrático de Direito. Entretanto, numa reviravolta repentina, seguindo interpretações de Meyer e do *status activus processualis* de Häberle, Álvaro propugna a participação popular nos termos habermasianos para designar o Estado Democrático: “somente no instante em que *cada um de nós se sentir efetivamente co-autor dos provimentos estatais* teremos de fato uma democracia participativa” (Cruz, 2007, p. 230). Aduz-se que, em nenhuma alternativa, é possível afirmar o advento de Estado Democrático, porque é uma ficção achar que, por representantes intuitivos ou por intermédio de uma votação de um eleitorado caótico de uma instância (esfera) pública indemarcada e por uma cidadania esdrúxula obtida por um título eleitoral, o povo irá ser co-autor e destinatário normativo dos *provimentos estatais*.

2 - Desastres do Constitucionalismo Indemarcado

Embora Álvaro, em sua obra aqui em comento, conclui optando por um *racionalismo crítico*, à busca de *validez* e de um *constitucionalismo renovado*, em nenhum trecho discorreu sobre a lógica informativa de tal obtenção de racionalidade, sequer explicou que *crítica* seria apta a se pretender a fundação de uma sociedade democrática. As hermenêuticas estudadas trabalham uma sociedade já historicamente encontrada que, a nosso juízo, não abre qualquer distinção entre as escolas mineira e gaúcha (e do Brasil no **contemporâneo** (Agamben, 2009)



de grande sinistralidade para todos) encampadas, há séculos, pelo empirismo lógico do positivismo aliado a uma historicidade fantasiosa de integridade normativa. Ampara-se a recepção autopoietica de uma **constitucionalidade** jurídica existencial pela dinâmica de uma intersubjetividade (agir comunicativo) de escuta esotérica (*verbum interius*) (Grondin, 1999, p. 12 a 207) a ser aplicada pela autoridade, desveladora indutiva da norma de cunho universal, a acatar o âmbito da faticidade legalmente descrita por uma prodigiosa metódica estruturante (F. Müller) a marcar um pós-positivismo que bem coincide com o procedimentalismo habermasiano, o qual se distancia, por indemarcado teoricamente, da *procedimentalidade processualizada* da *teoria processual neoinstitucionalista do Direito* (Leal^c 2017). Esta que se reporta ao racionalismo crítico de Popper em que a razão é uma tarefa do homem, não um quadro fixo e inato de juízos categóricos e transcendentais que condicionam a possibilidade da experiência humana. Procedimentalismo em Habermas é um elo dogmático de condutas perpassadas pela Moral híbrida: ora atende o *pragma* do bem viver ora é fundamental de uma razão última e desinteressada da prática do Bem.

O que fica de fora do debate constitucional, como posto, é a imprescindível distinção, já vislumbrada por Fazzalari, entre *procedimento* e processo, malgrado não pôde o insigne processualista distinguir o *procedimento processualizado* e Processo, este como instituição linguístico-jurídico-autocrítica gestora dos modelos procedimentais aos moldes da *teoria neoinstitucionalista processual do Direito* pela *lógica da processualidade democrática* a partir da epistemologia quadripartite do discurso do conhecimento de Karl Popper, segundo conjecturas da Teoria Neoinstitucionalista do Processo (Leal^a 2013). É que, ao contrário dos pós-positivistas (hermeneutas gadamerianos) e garantistas que concebem a constituição como continente histórico e cultural guardião do *Processo* como narrativa de direitos de argumentação pelos institutos jurídicos que o definem: contraditório, ampla defesa e isonomia, o *Processo* é, na teoria neoinstitucionalista, uma instituição linguístico-jurídica autocrítica de *coinstitucionalização* do Direito como *teoria da lei democrática* (Leal^b 2017).

Logo, por consequência, para os pós-positivistas, o mito da sociedade política pressuposta e do poder constituinte originário é o referente, objeto ou contingente, que encerram uma historicidade orgânica a ser considerada como rede tradicional de sentidos (fundamentação) capturante de todos por ela concernidos num copertencimento indesejável



(dogmático). Não há obras nos positivismos em Direito que não cuidem da existência concreta da normatividade e que já não pressuponham a existência de uma sociedade política desde sempre impregnada de valores, virtudes e hábitos coercitivos a positivizar direitos e deveres para o homem em suas variadas etapas históricas e culturais. Esse Direito material (historicamente maternal) (Leal^b) é positivado (pós-ativado) em forma de *leis* cuja imperatividade já está implantada antes mesmo das leis serem produzidas numa *jurisdição* que só permite um direito juridificante se advindo ao reforço dos tipos de dominação (Weber, 1956) secularmente vigorantes.

Por isso, a crença dos *pós-positivistas* de que a lei não contém em si normas, porque todas elas já integram a substância da sociedade que lhe é historicamente pressuposta e substrato de um *Status* de direito que é o *design* circular e protetivo da unidade dos que nascem (nacional) com a mesma identidade étnica (ética) já com deveres (responsabilidades) naturais de consolidarem, a cada dia mais, a sinergia dessa comum coexistência. Aliam-se aqui mitos que se metaforizam em expressões monádicas tais como *sociedade livre, justa e solidária, promover o bem de todos, pluralismo político, dignidade da pessoa humana* e outros tropos de linguagem arrolados nos artigos 1º ao 4º da CF/88 que exaltam uma tópica ostensiva da dogmática analítica que impõe a irrecusabilidade do inefável sentido de uma fala como *flatus vocis*.

3- Mitos como Fatos Incontroversos e Consumados

A confortável aceitação do mito secular de que **três poderes** na arquitetura política dos povos, harmônicos e independentes entre si, é garantia de uma recíproca fiscalidade e imparcialidade em suas atuações vem sofrendo na contemporaneidade grande declínio nos seus apanágios de respeitabilidade e confiança popular, tendo em vista o fracasso dos critérios de escolha que orientam a formação de tais **poderes**, embora sejam ainda o **referente mítico** da validade, eficácia e legitimidade dos atos legiferativos, executivos e judiciários. A crença popular, amparada pelas instituições de um ensino jurídico, antes obsoleto e retrógrado, agora *tecnológico* com o avanço da robótica (cibernética), vem criando uma *linguistic turn* que sai da filosofia da consciência, atravessa a filosofia da linguagem, e se aloja na *filosofia da caixa preta* (Flusser, 2011) que é essa terceira via da *nova mente do rei* (Penrose, 1991) que tudo



governa e padroniza por plataformas, programas, sistemas, da mídia eletrônica por uma inteligência robótica e artificial customizada (software), enfim uma metamorfose digital que coloca a mente humana em repouso lúdico e pedagógico, reservando ao homem ocupar-se dos interesses que aproveitam o seu próprio lazer e fortuna pessoal.

A fonte do conhecimento repetitivo, nos *hard cases*, a exigir a uniformização das decisões, já está entregue ao *machine e deep learning*. A **constituição** como carta de princípios ou estatuto político se torna um jogo de palavras a ser manejado por ferramentas eletrônicas na predição de decisões jurídicas, legiferação, regulação e geração de rotinas e medição da relação lícito/ilícito que uma comunidade jurídica pode suportar sem afetar a estrutura burocrática a ser mantida em nome de um bem estar social que é excludente de quase metade da população brasileira. Não é porque toda **constituição** seja um simulacro, mas é que a lógica de sua elaboração, atuação e aplicação se faz pela *dogmática analítica* que, pouco importando, se concebida como liberal, social ou democrática, é o êmulo de juízos de proporcionalidade, ponderabilidade, adequação, conveniência e equidade da *auctoritas* e que, pela virada tecnológica, são agora tarefas da *lawtech*, isto é, o que era aleatório e arbitrário gera de repente uma agradável sensação de certeza e segurança pelo engenho de máquinas prodigiosas.

12

A história acontecida tornou-se um baú de fatos incontrovertidos, consumados e irreversíveis, ainda que **constituições** se rotulem **democráticas**, porque a questão da lógica das decisões firma-se por séculos, quiçá milênios, pela **Ciência Dogmática do Direito** como critério inescapável de produção, atuação e aplicação do direito, tendo atualmente o seu ponto culminante na robótica que inaugura os estudos do Estado Telemático, cujo paradigma é a ideologia algorítmica da inteligência artificial fraca e forte.

Abre-se, assim, o painel do ensino mágico dos *coachs* e *networkers* que se louvam em construir e explicar um mundo sempre idêntico a si mesmo pela dialética padronizante de uma *neurolinguística* acoplada aos estereótipos da linguagem das máquinas já preconizadas em sinônimos, antônimos, conceitos e precompreensões. É possível que o *software* do *legal design* está prestes a nos acessar a **constituição** em cubos e quadrados coloridos como um caleidoscópio de figuras geométricas a fornecer a decifração, em segundos, dos fundamentos do discurso constitucional. Daí a advertência de Flusser - *sic* -



O homem, ao invés de servir das imagens em função do mundo, passa a viver em função da imagem. Não mais decifra as cenas da imagem como significados do mundo, mas o próprio mundo vai sendo vivenciado como conjunto de cenas. Tal inversão da função das imagens é idolatria. (Flusser, 2011, p. 23)

A *magicização da vida* tem arrastado gerações a conceber as grandes obras arquitetônicas da humanidade como monumento artístico da pujança e esplendor de civilizações sem atentar para o trabalho escravo e o infortúnio causados a milhões de desamparados e indigentes que imolaram laboralmente suas vidas ao gáudio e êxtase dos impérios e seus tiranos. No plano jurídico, em razão do excesso de metáforas em sua escritura, a **constituição** tem sido uma peça decorativa (ornamental) a camuflar o estado de beligerância já instalado na realidade social que despeja sua carga litigiosa nos escaninhos de um judiciário que, insistindo em audiências de conciliação, mediação, em nome de uma cooperação de partes e advogados, escusa-se a julgar como regra de compasso ao aguardo de sistemas robóticos de escoamento rápido de casos que se multiplicam em rede infinita de conflitos jurídicos provocados pela estrutura perversa de descaso à implementação de *direitos fundamentais*.

13

4- Políticas Públicas e Ações Afirmativas

Se o **constitucionalismo** dos positivistas, neopositivistas e pós-positivistas, está morto, porque encalhado no mitos do contexto histórico (Popper, 1996) ou da razão pura prática de Kant, nas ideias de Justiça em Hegel, na ontologia fundamental de Heidegger ou na historicidade íntegra, verdadeira e consensual de Gadamer por uma linguagem como meio universal (Kusch, 2001), não é por acaso que a *logística* da **virada tecnológica** (Leal^c, 2020, p.287 e segs.) encampou, neste início de séc. XXI, o *vazio da ignorância* agravando o rastro deprimente de uma violência e um autoritarismo secular das hermenêuticas e interpretação (Aulagnier, 1979) do Direito em sua história sangrenta e escravista. O *imperium* da tecnologia e a violência da vontade pedagógica da *auctoritas* vêm provocando uma potencial letalidade ainda mais repressiva do que todas as grandes guerras comandadas pela paranoia do absolutismo e totalitarismo travestidos de filantropia social (ações afirmativas por políticas públicas) das democracias toquevillianas ao facismo de cunho nacionalista ou de um regime



pseudodemocrático de convívio econômico-estratégico mundial entre nações tidas como desenvolvidas, emergentes e periféricas.

A tônica de denominação nesse horizonte se faz por total **invisibilidade** dos efeitos das ferramentas (mídias) eletrônicas de programação cerebral em massa (neurolinguística) em que o "admirável mundo novo" de Aldous Huxley nada mais é que mero romance distópico de um escritor caricato, porquanto os cenários da *vida normal* serão tão "demasiados humanos" que nenhum vestígio de automação ocorrerá ou será detectado pelo mais arguto *expert* em diagnose cibernética. O grau de copertencimento de todos a todos, com eliminação de muitos, ensejará uma cumplicidade tal que ninguém poderá alegar *presunção de inocência* a seu favor, tendo em vista que a inocência não se mostrará em forma de isenção de culpa, mas de uma "vontade de poder" eternizar-se no curso de uma nova história por uma violência silenciosa que se naturaliza como grande façanha dos vencedores do jogo lúdico da vida tecnológica.

A inteligência artificial forte (AI-Forte) dotará o patrimônio robótico das nações de uma consciência hermenêutica, na interpretação, atuação e aplicação de suas **constituições**, se houver, e leis complementares e ordinárias, que, muito além do quadro atual de desamparo e fome das populações socialmente excluídas, algoritmos sofisticados farão desaparecer qualquer estatística dessa agônica miserabilidade. Os sistemas de justiça (!) estarão a serviço dos exitosos e patrimonializados com seus conflitos já predecididos por *softs* que asseguram uma jurisprudência estabilizadora do *status quo* da ordem jurídica e social adequada aos novos tempos.

É duvidoso o arrojo de alguns juristas em imaginar para a contemporaneidade uma *democracia constitucional* por ações afirmativas de autoridades grandiloquentes que, declinando-se de políticas econômicas (art. 170 da CF/88), arvoram-se em arquitetos de *políticas públicas* egressas da sensibilidade carismática dos agentes públicos, os quais, por crônica omissão fiscalizatória do sistema econômico nacional, preferem privatizar (desnacionalizar) o acervo público em nome de necessária captação de recursos para rolarem a dívida externa, pelo que fazem o país perder seus bens e o capital internalizado em moeda estrangeira em decorrência de administrações ruins.



São múltiplos os fatores deletérios que cercam o discurso retórico da prática jurídica, administrativa, jurisdicional e legislativa do Brasil, se considerada a grande carga de indiferença ante o futuro do país já normal em ausência de uma legislação para barrar o furor da **automação** dos serviços públicos, sendo que os estoques gigantescos de mão de obra desqualificada aguardam, por políticas econômicas inadiáveis, escolarização e treinamento, à sua inserção social e econômica por uma vida minimamente digna (art. 7º, IV, da CF/88). Os currículos das universidades brasileiras, em sua quase unanimidade, principalmente aquelas que acompanham o modo harvardiano e de Chicago, teimam em ministrar um ensino que contempla os paradigmas de Estado Liberal e Social de Direito, apregoando a construção de um fantasioso Estado Democrático com intenso *marketing* direcionado ao êxito profissional de seus egressos em modelos civilizatórios de Estado hobbeseano e mercantilista.

Difícilmente será possível escapar dessa secular armadilha pela ficção do escrutínio secreto e universal do *voto* que, vazio em sua compreensão e sentido pela preservação da miséria e ignorância coletiva, municia o histórico carreirismo político-partidário dos representantes do povo, barrando a possibilidade de grandes juristas ocuparem o parlamento nacional, relegando a legiferação a políticos profissionais sem qualquer respaldo intelectual para essas altas funções. A atividade política vem assumindo, por décadas, caráter pejorativo, o que bem recomendaria sua exclusão do quadro das licitudes.

A **Constituição** de 1988, ante a complexidade de sua narrativa e compromisso que estabelece com a implementação de *direitos fundamentais*, que não se limitam a direitos e garantias individuais, suplica uma atuação de *legisladores*, não de políticos que, no Brasil, apresentam uma promíscua polivalência de exercerem cargos no legislativo, executivo e judiciário, por escambo eleitoreiro ou interesses inconfessáveis. Não é simples sair das garras da paideia grega e do iluminismo, certamente tal ambição passa por estudos sérios e continuados, sem que se instale um autoritarismo de elite ou a ditadura das armas. É certo que a *inadimplência constitucional* brasileira é uma questão estrutural, abrange a própria refundação do Estado que, em sua dinâmica neoliberal e social de direito, se contrapõe aos fundamentos da *constitucionalidade* vigente.



5 - *Ratio Legis* e *Mens Legislatoris*

O conceito de *ratio legis* e *mens legislatoris* não mais traz o sentido de uma racionalidade do discurso normativo conferida pela razão do legislador, porque legislar passou a ser um ato trivial, consectário da falácia de garantia de validade pelos mitos do *escrutínio universal* e do *poder constituinte originário*. A esdrúxula democracia que daí se imagina fundamentar se transforma numa panacéia por uma nomenclatura jurídica tópico-retórica em que os nomes nada nomeiam, direitos ali constitucionalizados não mais ganham imperatividade, porque a deficiência intelectual da grande massa dos seus leitores ou executores inibe o saber ler e escrever, possibilitando, por ensino da maioria absoluta das universidades, o surgimento do *alibi* hermenêutico salvífico da autoridade pelo *pós-positivismo* gadameriano (Abboud, 2016, p.61) associado à metódica estruturalista de Fredriech Müller pelo qual o juiz é o garimpeiro ordálico que, ao ser ungido pela investidura (não posse!) no cargo, já se habilita a revelar (desvelar) normas de uma historicidade dentro da qual desde sempre se encontra por uma escatologia irrecusável e privilegiada.

6 - Conclusão

16

Ante tais disparates alimentados por um discurso não falseável, a **constituição** assume o papel bíblico de formação de um apostolado de doutrinadores (constitucionalistas) que, ao sublimarem o *texto* constitucional com comentários ontológicos, tópico-retóricos, cívicos, sociológicos, libertárias, civis, e patrióticos, implantam a ilusão (crença) bem argumentada de que sua aplicação depende de uma série de fatores que se estendem hegelianamente, quanto à sua realização, à síntese histórica de harmonização da vida humana no universo. Essa espera infinita é a matéria prima a ser fabricada pelo *escravismo político* (Leal^d, 2019, p. 885 e segs.) sob rótulo da luta emancipatória do homem, a partir do resgate de suas qualidades inatas (antropológicas) a serem reconhecidas, como portador categórico (imane) de uma moral construtiva de uma paz perpétua.

São esses falsos profetas e mercadores pedagógicos que repudiam trabalhos acadêmicos, no âmbito jurídico, que optam pela **pesquisa** na linha epistemológica do *racionalismo crítico* popperiano acolhido pela *teoria neoinstitucionalista processual do*



direito, porque esta não se entrega ao estudo das mentalidades que produzem a lei (Direito), mas conjectura sobre teorias que possam subtrair a *mens legislatoris*, uma vez que a mente do legislador em si é uma caixa (aparelho) de psicologismos (nosologias) acumulados na infortunística de uma história que, como guardião fiel de fatos incontrovertidos, consumados, e de hábitos coercitivos (Austin, 1954), pereniza as paixões, afetos e conflitos humanos, de modo natural e indolor a implantar uma *normalidade ufanista* pela qual se cria um sentido de anormalidade (Foucault, 2002) como meio expurgativo das impurezas que possam contaminar a *mens legis* de uma sociedade mítica, pressuposta, nunca presencialmente fundada ou testemunhada por qualquer geração.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**, Editora Revista dos Tribunais, SP, 2016, p. 61

AGAMBEN, G. **O que é contemporâneo? e outros ensaios**, Argos Editora de Unochapecó, SC, 2009

AULAGNIER, Piera. **A violência da Interpretação**, Imago, RJ, 1979

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**, Great Britain: Curwen Press, 1954

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate. O Constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**, Editora Fórum, BH, 2007

FLUSSER, Vilém. **Filosofia da Caixa Preta**. Annablume Editora, SP, 2011

FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**. Martins Fontes, SP, 2002

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Editora Unisinos, São Leopoldo, RS, 1999, p. 12 a 207

HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Martins Fontes, SP, 2000, p. 217

KUSCH, Martin. **Linguagem como Cálculo versus Linguagem como Meio Universal**. Editora Unisinos, 2001

LEAL^a, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo - Uma trajetória Conjectural**, ARRAES Editora, BH, 2013



LEAL^b, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**, 2^a ed., Editora Fórum, BH, 2017

LEAL^c, Rosemiro Pereira. **Processo e Tecnologia - entre logística e lógica em Tempos de Pandemia**, in *A Pandemia e seus Reflexos Jurídicos*, ARRAES Editores, BH, 2020, p. 287 e segs

LEAL^d, Rosemiro Pereira. **Processo Legislativo e Escravidão Político** in *Trinta Anos de Constituição e 130 Anos de Lei Áurea, avanços e retrocessos*, Coordenação: Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Poliana Lino Rodrigues, Editora Lumen Juris, RJ, 2019, p. 885 e segs.

LEAL^e, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**, 3^a ed., Editora D'Plácido, BH, 2017

PENROSE. **A Mente Nova do Rei - Computadores, Mentis e as Leis da Física**, Editora Campus, RJ, 1991

POPPER, Karl. **O Mito do Contexto**, Edições 70, Lisboa, Portugal, 1996

WEBER, Max. **Os três tipos puros de dominação in Weber** - Sociologia, Coleção Grandes Cientistas Sociais, n^o 13, Coordenação Florestan Fernandes, Editora Ática, 1956



A DUPLA MAGIA DO PROCESSO¹

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

Advogado. Doutor em Direito Constitucional e Mestre em Direito Civil pela UFMG. Professor de Processo Civil na Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Professor de Processo Constitucional e Técnica Processual no Mestrado Acadêmico em Instituições Sociais, Direito e Democracia da Universidade FUMEC/MG. Professor de Prática Jurídica Civil no Curso de Direito da Universidade de Itaúna/MG. Advogado Chefe Adjunto da Assessoria Jurídica Regional do Banco do Brasil S. A. em Minas Gerais, aposentado. Membro Honorário da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO. Membro Honorário da Academia de Direito Processual de Mato Grosso do Sul. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-2346-5845>

I

Agrada-me sobremaneira estar presente neste magnífico encontro anual de processualistas organizado pela conceituada Associação Brasileira de Direito Processual, oportunidade que me permite rever e cumprimentar prazerosamente seus qualificados organizadores, expositores e colegas presentes, e assim o faço nas pessoas dos queridos amigos, Professores Rosemiro Pereira Leal, Eduardo José da Fonseca Costa e Lúcio Delfino.

19

II

Início a exposição esclarecendo que o tema foi extraído de texto escrito por Michele Spinelli (1973, p. 9-10), oportunidade na qual referido autor bem destacou que a prova faz com que se opere no processo espécie de “*dupla magia*”, consistente em: (1º) fazer reviver fatos que já não vivem, pois aconteceram no passado, portanto, sepultados pelo tempo; (2º) fazê-los reviver na consciência de alguém que estava ausente e era estranho aos acontecimentos ocorridos em tempo pretérito, mas que devem ressurgir no presente, ou seja, o juiz, um dos

¹ Exposição no Encontro anual da ABDPRO – Associação Brasileira de Direito Processual, realizado na Universidade de Uberaba – UNIUBE/MG, em 24/11/2023. Eixo temático do evento: prova e verdade.



sujeitos do processo. Impelido por tais ideias, Spinelli concluiu que o processo poderia ser considerado “*a ciência do tempo perdido*”

A partir dessas perspicazes considerações, pretendo demonstrar que a prova não se destina à busca da verdade dos fatos narrados no processo pelas partes, como apregoa o vigente Código de Processo Civil de 2015 e assim o fazia também o revogado Código de Processo Civil de 1973 (artigos 319, VI e 369), entendimento este acolhido na jurisprudência dos nossos Tribunais, sob influência de atecnia detectadas na caótica prática forense.

III

A prova é tema deveras importante na ciência do direito processual. Surge produzida no processo, espaço técnico, jurídico e discursivo, por meio do qual as partes, dentro de um procedimento em contraditório e compartilhado à cognição de fatos pretéritos, sepultados pelo tempo, fazem sua reconstrução.

Reconstruídos tais fatos ocorridos no passado, é possível então às partes e ao juiz descobrirem, em regime de comparticipação (Código de Processo Civil, artigos 6º e 357, § 3º), quais normas do ordenamento jurídico devem ser aplicadas nos casos em julgamento (Carvalho Dias, 2023, p. 114-115).

É por isso que o capítulo do vigente Código de Processo Civil, que normatiza os procedimentos da prova, no qual inseridos seus artigos 369 a 484 (Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo XII), é o mais extenso da codificação, o que bem atesta a complexidade do tema.

Contudo, não se deve esquecer que as espécies ou formas lógico-jurídicas da prova estão enumeradas no Código Civil (artigos 212 a 232). No Código de Processo Civil, são encontradas as normas relativas aos procedimentos da prova. Em outras palavras, no Código de Processo Civil estão as normas que tratam das estruturas normativas técnicas e procedimentais, por meio das quais as partes produzem as provas que lhes asseguram o direito



de demonstrar ou verificar os enunciados das narrativas ou das afirmações que fazem sobre os fatos debatidos no processo (artigos 369 a 484).

No processo, esses fatos surgem narrados na causa de pedir da consequente pretensão do autor deduzida na petição inicial e na resistência que lhe é oposta pelo réu na contestação (pretensão resistida), sua principal forma de defesa.

IV

Entretanto, o vigente Código de Processo Civil de 2015, como já ocorria no revogado Código de Processo Civil de 1973, revela algumas incorreções técnicas sobre o instituto jurídico da prova. Entre elas, a menção nos enunciados normativos de seus artigos 319, VI e 369, tecnicamente desacertados, de que as provas se destinam a demonstrar a verdade dos fatos.

Assim o é, eis que, há exatos 128 anos, festejados cientistas e dedicados pesquisadores do direito processual, em alentados e admirados textos publicados, ao que parece, sem contradita, vêm afirmando, em sentido contrário, com substanciosos argumentos, que as provas não se destinam a demonstrar a verdade dos fatos narrados pelas partes no processo. (Carvalho Dias, 2016, p. 107-111.).

Começemos por Piero Calamandrei, em ensaio doutrinário publicado no ano de 1955, na Itália, louvando-se em texto anterior escrito por Adolph Wach, na Alemanha, em 1896. Ambos procuraram demonstrar o engano da concepção de que a prova se destina a demonstrar a verdade dos fatos no processo, substituindo a ideia de verdade pela ideia de verossimilhança ou de verosimilitude dos fatos. Segundo Calamandrei, apoiado em Wach, a afirmativa de que um fato é verdadeiro significa dizer que se logrou obter, na consciência de quem assim considerou, um grau máximo de verossimilhança. Em razão dos limitados meios de conhecimento dos quais dispomos, argumentou Calamandrei que a verossimilhança é suficiente para conferir espécie de certeza meramente subjetiva de que o fato ocorreu conforme a narrativa feita pela parte no processo. Direcionado por este raciocínio lógico, concluiu Calamandrei (1986, p. 317-318) que a valorização das provas no processo conduz a um juízo



de probabilidade e de verossimilhança e não a um juízo de verdade absoluta dos fatos narrados pelas partes (Carvalho Dias, 2023, p. 162-163).

Examinemos agora Francesco Carnelutti, que, em 1947, ao discorrer sobre o sentido jurídico da prova, considerava ser acertado reconhecer que o objeto da prova não são propriamente os fatos, mas as afirmações sobre eles feitas pelas partes. Os fatos não se conhecem, mas se comprovam. Em consequência, considerou Carnelutti que provar não significa demonstrar a verdade dos fatos discutidos no processo, mas, sim, determinar ou fixar formalmente a ocorrência de fatos ali narrados por meio de procedimentos determinados. Enfim, escorado em tais premissas, Carnelutti (1982, p. 40-43 e 45) concluiu que “*o conjunto das normas jurídicas que regulam o processo de fixação dos fatos controvertidos, constitui, pois, a instituição jurídica da prova*” (Carvalho Dias, 2023, p. 153, 161-162).

Em 1978, Santiago Sentis Melendo (p. 20), consagrado processualista colombiano, publicou livro versando os grandes temas do sistema probatório, no qual afastou a ideia de busca da verdade no processo por meio da prova. Considerou impossível obter-se a convicção do que se pode considerar verdade. Criticando confusões doutrinárias comumente encontradas na abordagem do tema, Sentis Melendo acentuou ser frequente a afirmativa de que se provam fatos. No entanto, ponderou referido autor que os fatos, sob rigor técnico, não se provam, pois os fatos existem ou existiram. Sendo assim, sustentou referido autor, o que se prova, no processo são as afirmações ou narrativas feitas pelas partes sobre fatos ocorridos no passado. Daí concluiu Sentis Melendo que a prova objetiva a verificação das afirmações sustentadas pelas partes litigantes no processo, submetidas ao contraditório (Carvalho Dias, 2023, p. 162).

V

Na doutrina brasileira, processualistas talentosos da nova geração, como os brilhantes Professores Daniel Secches Silva Leite (2012, p. 60-61) e Dhenis Cruz Madeira e a talentosa Professora Fernanda Gomes e Souza Borges (2013, p. 60-61), todos louvando-se em lições fecundas do Professor Rosemiro Pereira Leal e nos estudos do filósofo Karl Popper, acentuam que deve ser afastada a ideia presente na literatura jurídico-processual, nos Códigos e na jurisprudência acerca de uma verdade absoluta e imutável perseguida no processo, sob



retrocesso à filosofia da consciência. Técnica e cientificamente, sustentam ditos autores a impossibilidade de se defender a ideia da existência de verdade que não possa ser submetida à testabilidade ou à falseabilidade dentro da concepção do processo como procedimento em contraditório. Ocorre que, no processo, como decorrência dos renhidos debates travados pelas partes dentro da estrutura do contraditório, os fatos podem ser valorados e valorizados de formas diferentes pelos sujeitos do processo, juiz e partes (autor, réu, terceiro interveniente). Dentro deste cenário impregnado por intensa dialeticidade, ocorre que a ideia ou concepção de verdade do autor é diversa da concepção do réu e ambas distintas da visão do juiz, este em postura equidistante dos interesses das partes. Assim, na exacerbada dialeticidade discursiva do processo, exsurge a impossibilidade de ali ser apontada, provada ou obtida a verdade dos fatos (Carvalho Dias, 2023, p. 163-164).

Assim, escudados nos substanciosos e insuperados estudos de Wach, Calamandrei, Carnelutti e Sentis Melendo ora colacionados, entendemos que se deve buscar no processo tão somente a verosimilhança dos fatos ocorridos no passado, tecnicamente reconstruídos por meio de um procedimento em contraditório.

Aliás, nesse sentido, exame atento das normas dos artigos 344 e 345 do Código de Processo Civil, que tratam dos efeitos da revelia, revela afastamento da ideia de verdade no processo, ali descaracterizada a revelia, em não havendo contestação do réu, quando os fatos narrados pelo autor forem considerados inverossímeis (artigo 345, V).

VI

Enfim, pode-se concluir que a reconstrução de fatos ocorridos no passado, dentro do processo, inegavelmente, sofre intensa influência dos aspectos subjetivos das partes que fazem suas acaloradas narrativas, ao buscarem, com grande empenho e ciosas do acerto ou da justiça de suas próprias razões, o êxito das pretensões ali deduzidas, o que afasta a possibilidade de exsurgir a verdade no referido embate discursivo.

Agradeço a oportunidade de lhes falar e a preciosa atenção que dispensaram às minhas modestas considerações sobre o tema prova e verdade, objeto deste importante seminário.



REFERÊNCIAS

BORGES, Fernanda Gomes e Souza. **A prova no processo civil democrático**. Curitiba: Juruá, 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Derecho procesal civil. Estudios sobre el proceso civil**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1986.

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Trad. 2a. ed. Italiana [Roma, 1947] de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2a. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. Aspectos técnicos e teóricos da prova do novo Código de Processo Civil. *In*: CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de *et alii*. **Direito probatório: temas atuais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 5a. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2022.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. **Lineamentos do processo civil constitucionalizado**. 1a. ed. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2023.

SENTIS MELENDO, Santiago. **La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: EJE, 1978.

SILVA LEITE, Daniel Secches. O instituto da prova no Estado Democrático de Direito. *In*: MAGALHÃES, Joseli Lima (Coord.). **Temas de direito processual democrático**. Teresina: UFPI, 2012.

SPINELLI, Michele. **Las pruebas civiles**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1973.