

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A DECISÃO JUDICIAL NO NOVO PARADIGMA
CONSTITUCIONAL: O ETERNO PARADOXO ENTRE ATIVISMO E JURISDIÇÃO**

*CONSIDERATIONS ABOUT JUDICIAL DECISIONS ON THE NEW CONSTITUTIONAL
PARADIGM: THE NEVER ENDING PARADOX BETWEEN ACTIVISM AND
JURISDICTION*

Gilberto Ferreira Marchetti Filho

Mestre em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Bacharel em Direito e Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN. Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Professor de Direito Civil no Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN, Mato Grosso do Sul (Brasil).
E-mail: gilberto.marchetti@unigran.br.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1607900864203620>.

Marcelo Ioris Köche Junior

Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN, Mato Grosso do Sul (Brasil).
Email: junior.marcelo12314@gmail.com.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4629656650493982>.

Miriam Fecchio Chueiri

Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Letras Anglo Portuguesa com habilitação em Português e Literatura pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Umuarama. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Umuarama. Graduada em Licenciatura nas Disciplinas Profissionais do 2º grau pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Umuarama. Professora do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR, Paraná (Brasil).
E-mail: danicne@gmail.com.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8709413869681899>.

Submissão: 22.05.2019.

Aprovação: 05.02.2020.

RESUMO

O novo paradigma constitucional surge como um marco revolucionário na concepção jurídica de direitos fundamentais e de direitos processuais. Não somente se expandiu o conceito de garantias individuais e coletivas como, também, se solidificou os limites da jurisdição e, dessa forma, do horizonte interpretativo do operador do direito. Não mais será possível a utilização de conceitos subjetivos ou juízos de valor para valorar provas ou determinar teses jurídicas

em uma decisão. Assim, agir conforme o novo paradigma constitucional é agir para evitar arbitrariedades no direito processual brasileiro. E nesse contexto, surge a discussão do grande paradoxo entre o ativismo e a jurisdição fundamentada.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão judicial. Ativismo judicial. Jurisdição.

ABSTRACT

The new constitutional paradigm arises as revolutionary mark in the legal concept of fundamental rights and procedural rights. Not only the concepts of individual and social guarantees but, also, helped solidified the limits of jurisdiction and the interpretative horizon of the legal interpreter. No longer will it be possible to use subjective concepts or values to determine an evidence's worth or to judge legal thesis in a judicial decision. Therefore, to act according to the new constitutional paradigm is to act in order to avoid the arbitrary use of Brazilian Procedural Law. And in this context, the great paradox arises between activism and grounded jurisdiction.

KEYWORDS: *Judicial decision. Judicial activism. Jurisdiction.*

INTRODUÇÃO

No dia 21 de novembro de 2016, a juíza estadual Angélica dos Santos Costa autorizou que a polícia realizasse buscas e apreensões coletivas na favela “Cidade de Deus”, na cidade do Rio de Janeiro e, dessa forma, se esquecendo, ou simplesmente ignorando, princípios básicos tanto do direito penal quanto da Constituição Federal.

Como noticiado na imprensa, a juíza fundamentou a decisão com a seguinte frase: “Em tempos excepcionais, medidas também excepcionais são exigidas com intuito de restabelecer a ordem pública. Desse modo, deve ser admitida” (CORRÊA, 2016).

Tal justificativa mostra que teve sua decisão influenciada por motivos alheios à análise de fatos jurídicos (provavelmente influenciada pela morte de quatro policiais, no dia 19, do mesmo mês, durante um confronto com traficantes).

Essa frase traz várias questões que esse trabalho deseja abordar. A primeira delas é até que ponto a decisão judicial brasileira deixou de ser científica para se tornar a mais pura forma de ativismo judicial, entendendo-se por científica a interpretação fundada nos princípios do direito, nas leis e na Constituição Federal, além dos princípios do direito e da hermenêutica?

A segunda consiste no questionamento sobre quais são os limites da interpretação judicial válida e até que ponto a permissibilidade da lei quanto a apreciação de normas cria o ativismo judicial.

Com base nessa problematização, observando metódica dedutiva, sistêmica e axiológica, serão pontuados o plano do novo paradigma constitucional da decisão e a necessidade de se ter um modelo constitucional.

Por conseguinte, trataremos da interpretação do direito como ciência para então traçar alguns pontos críticos da atual forma de ativismo judicial e a sua adequação com as novas diretrizes do Código de Processo Civil de 2015.

1 O NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o mundo do direito entrou em choque. A guerra mostrou que não só governos autoritários se utilizavam do lema “Lei e Ordem” para justificar seu poder, mas também a suposta legalidade de certos atos justificou um dos mais horríveis feitos já realizados pela humanidade, o holocausto.

Diante desse cenário, a comunidade jurídica chegou a conclusão de que o sistema jurídico presente não seria mais suficiente para responder aos anseios da sociedade contemporânea.

Assim, surge o novo paradigma constitucional que busca não só efetivar os direitos trazidos pelo estado liberal (direitos individuais) e social (direitos sociais), mas também a integração desses direitos com uma nova visão sobre a forma jurídica, criando, dessa forma, o Estado Democrático de Direito, fortemente fundado em garantias fundamentais.

Nessa trilha, surge o novo paradigma constitucional que busca não só efetivar os direitos trazidos pelo estado liberal (direitos individuais) e social (direitos sociais), mas também trazer uma nova proteção aos mesmos através da força normativa da Constituição.

Diante disso, esse paradigma, auxiliado dos vários avanços na área de direitos humanos, criou uma nova proteção a dignidade da pessoa humana, conforme exposto por Sarlet (2015, p. 112):

É de se enfatizar a função do princípio da dignidade da pessoa humana como critério para - a exemplo do que já aconteceu em outras ordens jurídicas - a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional. Com efeito não é demais lembrar que a Constituição Federal de 1988, na esteira da evolução constitucional pátria desde a proclamação da República e amparada no espírito da IX emenda da Constituição norte-americana, consagrou a ideia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, é de se notar que, além dos expressamente previstos e “reconhecidos como tais pelo constituinte histórico, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do título II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos humanos” (SARLET, 2015, p. 112).

Dessa maneira, não só o princípio da dignidade da pessoa humana toma uma nova forma e importância, mas todos os princípios assumem um novo papel: o de limitadores do horizonte interpretativo das decisões judiciais na era do novo paradigma constitucional. Assim, os princípios não só limitam o direito como o integram moldando o ordenamento jurídico ao seu redor (DWORKIN, 2007, p. 272).

Nessa ordem de ideias, podemos compreender que, de acordo com esse paradigma, o Estado Constitucional atual prevê:

a) a superioridade da constituição sobre a lei ordinária, ou seja, a subordinação das leis infraconstitucionais à constituição;

b) a vinculação da vontade do legislador, que não pode ser superior a integridade jurídica;

c) a rigidez constitucional;

d) o garantismo.

Logo, podemos entender que, diferente dos tempos passados, a Constituição não é mais um “enfeite jurídico”, mas um instrumento dotado de normatividade, ou seja, a Constituição é norma e deve ter suas proposições obedecidas.

2 O MODELO CONSTITUCIONAL NECESSÁRIO

Podemos dividir as teorias constitucionalista que embarcam o novo paradigma constitucional em dois eixos temáticos, as teses procedimentalistas e as teses matérias-substanciais. Para expressar o eixo que será usado como base para esse trabalho se utilizará a opinião do professor Lenio Streck sobre ambas as teses.

Quanto às teorias procedimentalistas, Streck (2017, p. 118) expõe:

Do outro lado, as teses procedimentais ganham corpo a cada dia, pela acusação que fazem da judicialização da política (ativismo judicial) pregada pelos setores mais identificados com as teorias materiais. Algumas teses procedimentais, como as advogadas por Juan Carlos Bayón, chegam a apontar para um constitucionalismo débil, pelo qual a Constituição tem a

função de somente limitar o poder existente, sem prever especificamente uma defesa material dos direitos fundamentais.

Talvez não seja desarrazoado afirmar que o problema fundamental das teorias processuais-procedimentais reside no fato de procurarem colocar no procedimento o modo (ideal) de operar a democracia, a partir de uma universalização aplicativa. Visto desse modo, o procedimento acaba sendo uma espécie de “novo princípio epocal”, na tentativa de superar aquilo que na fenomenologia hermenêutica podemos denominar “diferença ontológica”, afastando qualquer possibilidade de intervenção substantiva. Afinal, como afirma Luhmann, nas sociedades complexas a natureza das decisões deve ceder lugar aos procedimentos, que generalizam o reconhecimento das decisões; os procedimentos (processo legislativo e o próprio processo judicial) tornam-se a garantia de decisões que terão aceitabilidade.

Diante do exposto, podemos concluir que, na opinião de Streck, as teorias procedimentalistas não se adequam a realidade do mundo prático que é de vital entendimento para o operador do direito que vive em uma sociedade complexa onde direitos e interesses vivem em colisão e conflito.

Assim, no que se refere as teses materiais-substanciais, o autor demonstra seu apoio as mesmas:

Alinho-me, pois, aos defensores das teorias materiais-substanciais da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito.

Parece não restar dúvida de que as teorias materiais da Constituição reforçam a Constituição como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais-sociais a serem concretizados, o que, a toda evidência – e não há como escapar dessa discussão – traz à baila a questão da legitimidade do poder judiciário (ou da justiça constitucional) para, no limite, isto é, na inércia injustificável dos demais poderes, implementar essa missão. (STRECK, 2017, p. 119)

Conforme exposto e para fins de definição da tese adotada por esse trabalho, a corrente substancialista é a mais adequada para a sociedade atual e principalmente para a brasileira que sofre desde a instauração do estado democrático de direito com a efetivação de direitos fundamentais, tanto individuais quanto, e principalmente, sociais.

Dessa forma, a tese substancialista não é só adequada mas necessária para compreender a situação jurídica brasileira para assim transformá-la através de uma Constituição dirigente.

3 DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO COMO CIÊNCIA

3.1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Com o desenvolvimento do direito e a eventual formação de códigos foi se descobrindo pouco a pouco que esses códigos, diferentes do direito consuetudinário, não eram completos tendo várias lacunas criando os primeiros problemas referentes a interpretação desses códigos.

De algum modo se perceberá que aquilo que está escrito nos códigos não condiz com a realidade. Mas, então, como controlar o exercício da interpretação do direito para que essa obra não seja “destruída”? E, ao mesmo tempo, como excluir da interpretação do direito os elementos metafísicos que não eram bem quistos pelo modo positivista de interpretar a realidade? Num primeiro momento, a resposta será dada a partir de uma análise da própria codificação: a Escola de Exegese, na França, e a jurisprudência dos conceitos, na Alemanha. (STRECK, 2015, p. 92)

A partir dessa citação focaremos no que foi proposto pela Escola de Exegese francesa. Essa escola tem como seu principal exemplo o Código Civil Napoleônico, que através de seu artigo 4º, resume as ideias propostas por ela: “O juiz que se recusa a julgar sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”.

Sobre esse artigo, Bobbio (2006, p. 74) complementa:

Esse artigo estabelece portanto que o juiz deve em cada caso resolver a controvérsia que lhe é submetida, estando excluída a possibilidade de abster-se de decidir (o assim chamado juízo de *non aliquet*), argumentando com o fato de que a lei não oferece nenhuma *regula decienda*.

É com a Escola de Exegese que surge a institucionalização da chamada prova tarifada, sistema de apreciação de provas de onde aparece a expressão “juiz boca-da-lei”, ou seja, o juiz deve se ater em sua decisão somente a “letra fria da lei” sendo vedada a sua “interpretação” por parte do juiz.

Aliás, as aspas aqui servem para designar o fato de que para a hermenêutica a simples leitura e aplicação por parte do juiz já consistem em um tipo de interpretação, haja visto que a definição de interpretar é dar sentido aos símbolos/ palavras.

Outro importante pensamento para o desenvolvimento da interpretação/apreciação de provas foi o de Hans Kelsen que surge em um momento de indeterminação do sentido do direito.

Sobre isso, Streck (2015, p. 93) complementa:

É nesse ambiente que aparece Hans Kelsen. Por certo, Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela jurisprudência dos conceitos. Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da jurisprudência dos interesses e à escola do direito livre- que favoreciam, sobre medida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Isso é feito por Kelsen a partir de uma radical constatação: o problema do direito é muito mais semântico do que sintático. Desse modo, temos aqui uma ênfase na semântica.

Nessa problemática semântica, temos que notar um detalhe importante na ideia de Kelsen, relacionada à interpretação do direito e o subjetivismo decorrente do solipsismo.

Mas em um ponto específico, Kelsen “se rende” aos seus adversários: a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. Para o autor austríaco, esse “desvio” é impossível de ser corrigido. No famoso capítulo VIII de sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen chega a falar que as normas [...] são aplicadas no molde de sua “moldura semântica”. O único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito somente poderia ser realizada de uma terapia lógica- da ordem do *a priori* que garantisse que o direito se movimentasse em solo lógico rigoroso. (STRECK, 2015, p. 93)

Kelsen no mencionado capítulo de seu mais famoso livro (*Teoria pura do direito*) (KELSEN, 2015, p. 387-389) se refere a decisão judicial como um ato de vontade sendo favorável a livre apreciação de provas dos tribunais e dessa forma do livre convencimento motivado dos juízes, chegando ainda a se referir a uma interpretação correta da lei como “ficção”.

O livre convencimento motivado, como forma de valoração das provas, caracteriza-se pela capacidade do julgador de analisar as provas e decidir conforme seu entendimento com base no raciocínio e na lógica, tendo sempre como guia a legislação presente e a Constituição Federal.

O livre convencimento motivado também se encontra enraizado nas codificações brasileiros (esse trabalho terá exemplos focados na legislação processual civil devido aos avanços do Código de Processo Civil de 2015 como no artigo 118 do Código de 1939):

Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos,

ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.

Por sua vez, no artigo 131 do Código de 1973 estava disposto que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

O livre convencimento motivado só foi superado (formalmente) nas codificações processuais civis no Código de Processo Civil de 2015 que buscou retirar a livre apreciação de provas em seu artigo 371, que diz que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Dessa forma, o direito brasileiro, com o Código de Processo Civil de 2015, deu o primeiro passo para a eliminação do discricionarismo judicial. Entretanto, esse seria um dos passos mais difíceis para ser consolidado.

3.2 A INTERPRETAÇÃO “VERDADEIRA”

A hermenêutica (ciência que estuda a interpretação) deriva do nome grego Hermes. Essa derivação se deve ao fato de que Hermes era o mensageiro dos deuses que levava as mensagens do Olimpo até os mortais, dessa forma Hermes agia como intermediário entre os mortais e a mensagem dos deuses assim como a interpretação serve como intermediário entre os símbolos/palavras e o seu significado.

A interpretação no direito foi ao longo da história palco de muitas discussões acadêmicas que vão de se é possível interpretar corretamente no direito até se deve se considerar a intenção dos legisladores na hora da decisão judicial. O intuito desse trabalho será defender que não só é possível uma interpretação verdadeira no direito como é essa que deve ser buscado pelo judiciário.

Uma obra de arte moderna se torna tal por ser passível de muitas interpretações, sendo desconsiderada muitas vezes a verdadeira intenção ou mensagem do artista na hora de realizá-la, a própria corrente da arte dadaísmo tem como seu principal objetivo quebrar interpretações que seriam consideradas corretas e comuns, um exemplo clássico dessa ideia vem do pintor

surrealista René Magritte que em uma de suas obras pintou um cachimbo com uma placa escrito “Isso não é um cachimbo”.

Entretanto, quando falamos de direito estamos tratando de um sistema científico que é limitado pelas suas “paredes normativas”. Toda interpretação jurídica é e deve ser limitada pelo sistema normativo nacional que ela se encontra, e esse sistema inclui as leis, os princípios, a jurisprudência, a doutrina e, acima de tudo, a constituição. Dessa forma, se defende que é possível chegar a uma interpretação “verdadeira” do direito (por interpretação verdadeira se entende a interpretação que condiz com a constituição e dessa forma esta correta em relação ao conjunto que ela se encontra).

O direito, diferente da arte, possui uma série de axiomas (proposição que não é provada ou demonstrada e é considerada como óbvia ou como um consenso inicial necessário para a construção ou aceitação de uma teoria) que devem ser obedecidos, dessa forma a interpretação não pode ter mais de uma resposta correta pois ela é sistêmica e não subjetiva.

Por exemplo, quando a Constituição Federal diz em seu artigo primeiro que o estado democrático de direito brasileiro tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana isso não é passível de questionamento em uma decisão judicial mas uma determinação que deve ser respeitada pelo juiz.

O mesmo ocorre com os princípios do direito, quando, no direito penal, se estipula no princípio da lesividade que “nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime [...]” (BITTENCOURT, 2016, p. 51) é absolutamente necessário que o juiz considere esse princípio na hora de sua decisão pois ele faz parte do ordenamento jurídico e não é apenas “decorativo”.

Conforme o exposto, conclui-se que, existe uma necessidade de buscar uma interpretação sistemática do direito não só no processo civil como nas outras áreas, buscando, dessa forma, uma jurisprudência mais coesa e uniforme.

3.3 DO DIREITO COMO UMA “NOVELA” EM CONSTRUÇÃO

Um dos mais importantes pontos que será explorado nesse item será a integridade do direito. Esse termo, que surgiu com Ronald Dworkin (em seus muitos livros como *Levando os Direitos a Sério e Império da Lei*), busca uma uniformidade no direito, ideia que se encontra muito bem definida no artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015:

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DECISÃO JUDICIAL NO NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL: O ETERNO PARADOXO ENTRE ATIVISMO E JURISDIÇÃO

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. (BRASIL, 2015)

Sobre o tema, Streck (2015, p. 55) alterca:

[...] Isto é: em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Trata-se da necessária superação de um modelo estrito de regras, sem cair no panprincipiolismo que tanto crítico. Simples assim... e complexo.

Diante desse contexto, podemos dizer que, dentro da obrigação da uniformização e estabilização das decisões judiciais, com integridade e coerência, deve haver uma identidade de casos. É dizer: não se pode tentar encaixar uma decisão sobre determinado caso, em outra situação que é semelhante, mas não é idêntica, sob a pecha de se dar coerência e integridade às decisões, como se fazia com o “leito de procusto”. Aliás, integridade e coerência não é apenas isso.

Assim haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através do holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer “jogo limpo”. (STRECK, 2015, p. 98)

Dessa forma, voltamos a utilizar outro eufemismo empregado por Dworkin: o de que o direito é uma novela em construção. Essa ideia significa que cada juiz age como um coautor de uma novela.

Para ele, cada operador do direito tem uma responsabilidade similar aquela do escritor que acaba de receber a oportunidade de escrever apenas um capítulo de uma novela, por ele ser responsável por essa pequena parte e não pelas demais ele tem uma obrigação de, nesse capítulo, não ignorar o que já aconteceu nos capítulos anteriores e não desconsiderar o que pode acontecer nos capítulos que estão por vir.

Dessa forma, o juiz, tal qual o escritor, tem responsabilidade de não ignorar as decisões judiciais passadas, além de não esquecer do impacto que suas decisões terão no futuro. Isso pois cada decisão que ignora a Constituição, a jurisprudência, os princípios ferem a integridade do direito, fere a sua coesão e fere o ordenamento jurídico como um todo.

Portanto, pode-se concluir que ser a favor de uma nova teoria da decisão (no caso a teoria hermenêutica filosófica) é ser contra os discricionarismos e ativismo judiciais que tem abalado a integridade do ordenamento jurídico brasileiro.

3.4 DO ATIVISMO JUDICIAL COMO UM MAL A SER COMBATIDO

O ativismo, como já mencionado nas partes anteriores, permanece uma constante na ordem brasileira, seja formalmente, através do artigo 155 do Código de Processo Penal, seja materialmente, com os juízes que, mesmo com a alteração do Código de Processo Civil, continuam decidindo em desconformidade com a Constituição. Isso mostra que a demonstração de seus erros e, por consequência, a sua eliminação se tornam cada vez mais difíceis.

Essas ações não se limitam a juízes de primeira instância, elas chegam até o Supremo Tribunal Federal como ocorreu na recente decisão sobre o aborto mais em específico na decisão do Ministro Barroso¹, o mesmo que diz que o Supremo deve agir como “vanguarda iluminista” para “empurrar a história”.

Entrementes, o ativismo judicial, seja progressista ou conservador, sempre será danoso ao ordenamento jurídico. Toda vez que um juiz permite o aborto ou uma revista coletiva, ele esta fazendo um ataque direto ao direito brasileiro e, dessa forma, à Constituição.

O ativismo é justificado por muitos através de mixagens teóricas e leituras equivocadas de diversos autores. Sobre isso Streck (2017, p. 55) comenta:

É preciso dizer que ao lado dessas três posturas (Jurisprudência dos Valores, Ponderação e Ativismo Judicial) – que se tornaram dominantes no plano da doutrina e da aplicação do direito no Brasil – podem ainda ser referidas manifestações calcadas em pragmaticismos dos mais variados, na maioria das vezes construídos a partir de mixagens teóricas assistemáticas e contraditórias. Por vezes – ou no mais das vezes –, os pragmaticismos tomam emprestados pressupostos originários das teorias argumentativas, em especial a de Alexy, mormente quando as decisões judiciais aplicam a proporcionalidade e a razoabilidade.

¹ Como explicado por Streck em seu artigo “Aborto — a recepção equivocada da ponderação alexyana pelo STF”.

Nessa toada e tendo em vista essa forma de pensar, “não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação, a razoabilidade e a proporcionalidade foram sendo transformadas em enunciados performativos” (STRECK, 2017, p. 55).

Como se sabe, uma expressão performativa não se refere a algo existente, nem a uma ideia qualquer; a simples enunciação já faz ‘emergir’ a sua significação. Já ‘não pode ser contestado’; não pode sofrer críticas; consta como ‘algo dado desde sempre’; sua mera evocação já é um ‘em si-mesmo’. O uso performativo de um enunciado objetiva ‘colar’ texto e sentido do texto, não havendo espaço para pensar a diferença (entre ser e ente, para usar a linguagem hermenêutica). Desse modo, expressões como ‘ponderação de valores’, ‘mandados de otimização’, ‘proporcionalidade’, ‘razoabilidade’, ‘decido conforme minha consciência’, no momento em que são utilizadas ou pronunciadas, têm um forte poder de violência simbólica (Bourdieu) que produz o ‘sentido próprio’ e o ‘próprio sentido’. São sentidos coagulados que atravessam a gramática do direito rumo a uma espécie de univocidade extorquida no plano das relações simbólicas de poder. Em nome da proporcionalidade e do ‘sopesamento entre fins e meios’ (a assim denominada ‘ponderação’), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da ‘ponderação’ e da proporcionalidade (ou da razoabilidade).

Em suma, o Supremo Tribunal Federal não é e não pode ser a vanguarda da nação porque ele é, assim como exposto no artigo 102 da Carta de Outubro, o guardião da Constituição e deve acima de tudo defendê-la do ativismo que ele próprio está fazendo.

O ativismo não é progressista em nenhum aspecto e muito menos é uma solução adequada às “lacunas” do direito, ele é uma aberração interpretativa que deve ser eliminada do ordenamento jurídico para que o mesmo volte a ter ordem.

4 OS AVANÇOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O Código de Processo Civil de 2015, que entrou em vigência em 2016, veio com uma árdua missão. Primeiro, de resistemizar o processo civil brasileiro, desconstruído na figura reformada do Código de Processo de 1973, notadamente a partir de 1994.

Em segundo, de trazer uma nova visão do processo, saindo das bases construtivistas do século XIX e trazendo o processo para o século XXI. Para tanto, busca deixar a cultura da litigiosidade desenfreada, trazendo um novo modelo de processo como um dos instrumentos de pacificação dos conflitos sociais.

Nesse contexto, cumpre destacar o avanço sistemático alcançado pelo Código, no que se refere à apreciação de provas:

Embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado “coparticipação”, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do ‘livre convencimento’. O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão. (STRECK, 2017, p. 55)

A posição de Streck se justifica pelo simples fato do Código de Processo Civil de 2015 ser o primeiro aprovado em período de plena democracia, haja vista, que o código de 1939 foi promulgado durante o Estado Novo de Getúlio Vargas e o de 1973 em pleno regime militar. Assim, o atual Código não só nasceu em berço democrático, mas carrega em si os pressupostos constitucionais que andavam tão distantes do processo civil brasileiro.

No anteprojeto do Código, mais especificamente em seus motivos, se estabelece a busca por um processo “mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”.

Dessa forma, por meio de uma reconstrução sistemática, foi possível adequar o Código à sociedade e paradigma constitucional fundado em garantias fundamentais que ele se encontra:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão. (BRASIL, 2010, p. 23)

O primeiro objetivo orientador do Código de Processo Civil de 2015 está no seu artigo 1º que determina que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os

valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (BRASIL, 2015).

O segundo, por outro lado, pode ser achado com o artigo 371, que trata da apreciação de provas por parte do juiz. E, com a retirada do termo livre, determinou o fim do livre convencimento motivado como sistema de apreciação de provas. O artigo determina que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (BRASIL, 2015).

O esforço por um processo mais simples e célere como buscam os objetivos terceiro e quarto surge para evitar situações como a descrita no livro “O processo” de Kafka (2014) onde um homem se encontra preso a um processo onde ele não compreende os atos, a linguagem e, assim, o processo como um todo se torna alheio a ele.

Dessa mesma forma, a população comum deve ser capaz de entender seus direitos processuais para que, assim, possa exercê-los efetivamente. E é exatamente isso que retratam esses dois objetivos da codificação de 2015.

Finalmente, o quinto objetivo prima pela volta de um sistema processual coeso que se perdeu com as várias reformas que o Código passado sofreu, como articulamos em linhas acima.

Mas não é só. O artigo 926 do Código, além de buscar a estabilidade, integridade e coerência (comuns à teoria de Dworkin de onde esse artigo teve clara inspiração), também tem por objetivo dar efetividade ao princípio da segurança jurídica.

Não se pode falar dessa segurança se cada tribunal do país decide casos idênticos de formas totalmente diferentes. Essa preocupação com a coerência também se encontra no artigo 927, que dispõe:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL 2015)

A Constituição brasileira adota um sistema no qual a pessoa tem direitos “contra” o Estado, ou seja, direitos que determinam limites à atuação do Estado para que não se cometam arbitrariedades ou abusos de poder. Sobre isso, destaca-se que:

O processo (falo aqui do processo jurisdicional, mas essa observação serve também ao processo legislativo) deve servir como mecanismo de controle da produção das decisões judiciais. E por quê? Por pelo menos duas razões: a primeira, porque, como cidadão, eu tenho direitos, e, se eu os tenho, eles me devem ser garantidos pelo tribunal, por meio de um processo; a segunda, porque, sendo o processo uma questão de democracia, eu devo com ele poder participar da construção das decisões que me atingirão diretamente (de novo: isso serve tanto para o âmbito político como para o jurídico). Somente assim é que farei frente a uma dupla exigência da legitimidade, a mediação entre as autonomias pública e privada. Sou autor e destinatário de um provimento. Por isso é que tenho direito de participar efetivamente do processo. (STRECK, 2015, p. 4)

Existem uma série de avanços nos artigos do Código de Processo Civil de 2015 e, dessa forma, uma nova forma de pensar e realizar o processo. Esse novo sistema é extremamente moderno. Mas, se ele não for aplicado da devida maneira, de nada servirá.

Sobre isso, cumpre enfatizar a opinião de Streck (2015, p. 1):

Quando se examina o Projeto do novo Código de Processo Civil (CPC) [...], não se pode deixar de reconhecer alguns avanços consistentes. Não obstante, há de se ter muito cuidado para evitar que a própria dogmática jurídica, a partir de uma hermenêutica de bloqueio, proporcione retrocessos ao novo texto que aí vem. Como exemplo, lembremos sempre do que o Poder Judiciário fez com o art. 212 do CPP (ou seja, mesmo que o legislador tenha dito que “o juiz somente poderá fazer perguntas complementares”, nem juízes, nem STJ, nem o STF levaram em conta essa inovação legislativa). Ou seja, não adianta simplesmente alterar a lei.

Dessa forma, instaurar um novo processo civil não depende apenas de uma codificação adequada mas sim de uma aplicação devida dos institutos previstos nessa legislação. É necessário que a mente dos juristas se modernize junto com a legislação. Uma visão nova do processo é indispensável para que o Código de Processo Civil de 2015 seja efetivado de maneira total e não se torne apenas um texto qualquer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse texto deve ser compreendido como uma tentativa de explicar o que é a decisão judicial, a interpretação e o paradigma constitucional. Bem assim, como esses três juntos criam as bases do que deve ser o direito nos tempos atuais.

A sombra das guerras mundiais sempre perseguirá o direito. O temor que os acontecimentos daquela época retornem, sob uma nova roupagem, para destruir as conquistas do final desses últimos dois séculos é o que guia o surgimento das constituições contemporâneas. E é esse temor que vai tornar a constituição extremamente rígida na questão dos direitos fundamentais.

No caso do Brasil esse temor é ainda maior. Isso porque o tão recente regime militar e o já distante Estado Novo deixaram visíveis marcas no direito brasileiro. A existência do livre convencimento motivado que, por tanto tempo, permitiu arbitrariedades dos juízes e, dessa forma, do Estado, é um exemplo de como os períodos autoritários, e de democracia não totalmente plena, ainda afetam o direito brasileiro.

Nesse trilhado, é óbvio que a Constituição Federal de 1988, construída sob a égide de garantias fundamentais após o fim dos anos de violações a tais direitos no regime militar, não é compatível com essas aberrações autoritárias. Então ela deve servir como remédio para as mesmas.

A hermenêutica se apresenta como essencial para se resolver essas questões. Através das contribuições de Heidegger, aprendemos que as coisas não são o que o sujeito diz que são. A relação sujeito-objeto, que por tanto tempo foi um axioma para a filosofia, é completamente eliminada na filosofia heideggeriana. O autor vai dizer que as coisas não são definidas pelo sujeito mas sim pela linguagem. Assim, a linguagem não é mais um instrumento usado pelo sujeito para compreender o objeto, mas sim, condição de possibilidade da existência dessa relação.

Gadamer também é de vital importância para esse momento no direito. A noção do autor de produção de sentido por parte do intérprete é importantíssima para que a norma jurídica seja trazida para o mundo prático. Para Gadamer, é impossível para o intérprete reproduzir o sentido de um texto, dessa forma, toda interpretação é um ato de criação, pois o texto estará inserido em um contexto histórico, linguístico e institucional diferente daquele de quando foi escrito.

Por sua vez, Streck traz essas ideias, junto com a teoria da integração de Dworkin, para o mundo jurídico. O juiz tem responsabilidade, provinda de sua função como operador do direito, de não deixar seus valores morais interferirem na interpretação que levará à resposta correta do caso.

O juiz além de funcionário do Estado, é “servo” da Constituição. Para Streck, o grande número de decisões discricionárias tem por motivo, primeiro, o senso comum teórico dos juízes que se “acostumou” com arbitrariedades por acreditarem em algum tipo de argumento de autoridade. E, segundo, pela falta de uma teoria da decisão judicial no direito Brasileiro. Por isso, o autor, determina alguns princípios que devem dar base para a criação de uma teoria da decisão judicial que esteja em conformidade com a Constituição.

Constituição não é apenas um dever do juiz, mas um direito do cidadão. Por intermédio dessa decisão correta que será possível o exercício efetivo de seus direitos e, dessa forma, o exercício efetivo de sua cidadania. Acima de tudo, isso mostra a importância da decisão judicial na sociedade democrática e a sua necessária conformidade com a Constituição.

Sob essa visão, as transformações que ocorreram no Código de Processo Civil de 2015 são de suma importância para o direito, não só para o processo civil em si. Diferente de seus antecessores, o Código de 2015 eliminou o instituto do livre convencimento motivado, esse que é, como dito, a materialização da arbitrariedade estatal, pois permite ao juiz decidir de maneira discricionária.

A retirada do “livre” e o estabelecimento do “convencimento motivado” como premissa da decisão judicial torna a apreciação de provas no processo civil, finalmente, adequada à Constituição.

Diante do exposto, podemos, em linha conclusiva, dizer que o Brasil ainda tem ainda um longo caminho a percorrer nessa linha de avanço no que diz respeito a uma teoria da decisão judicial. Teoria essa que deve ser construída e seguir os preceitos da Constituição Federal de 1988.

Talvez essa construção demore alguns anos para ser realizada. Talvez nunca cheguemos a uma teoria que realmente se adeque à realidade brasileira. Mas, como diz Fernando Birri, “a utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar” (GALEANO, 2017).

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DECISÃO JUDICIAL NO NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL: O ETERNO PARADOXO ENTRE ATIVISMO E JURISDIÇÃO

Essas metas grandiosas que levam décadas e que necessitam do esforço de milhares de pessoas, às vezes não são para ser alcançadas, mas sim para colocar as coisas em movimento.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. *Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 mar. 2015.

CORREA, Hudson. Justiça autoriza revista coletiva em favela do Rio. *Revista Época*. São Paulo: Globo, 21 nov. 2016. Disponível em: <http://epoca.globo.com/brasil/noticia/2016/11/justica-autoriza-r.evista-coletiva-em-favela-do-rio.html>. Acesso em 6 abr. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

GALEANO, Eduardo. Para que serve a utopia? *Revista Prosa e Arte*. Rio de Janeiro, 12 jan. 2017. Disponível em <https://www.revistaprosaversoarte.com/para-que-serve-a-utopia-eduardo-galeano/>. Acesso em 10 fev. 2019.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. São Paulo: Vozes, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica e Jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lênio. *O que é isto-decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DECISÃO JUDICIAL NO NOVO PARADIGMA
CONSTITUCIONAL: O ETERNO PARADOXO ENTRE ATIVISMO E JURISDIÇÃO

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1996.