

A Incompatibilidade entre o Novo Código de Processo Civil e os Fundamentos Que Sustentam o Decisionismo, o Ativismo e o Voluntarismo Judicial

The Incompatibility Between the New Brazilian Law of Civil Process and the Elements That Sustain Judicial Decisionism, Activism and Voluntarism

LUCAS RIBEIRO MORIGGI

Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz.

RESUMO: O direito atual ainda não se desvencilhou das mazelas do positivismo jurídico pós-exegético de perfil normativista. O novo Código de Processo Civil busca, por meio de sua virtude democrática, o rompimento com a discricionariedade judicial contida no antigo Código. Essa discricionariedade advém tanto do objetivismo quanto do subjetivismo jurídico. A esse dilema teórico filosófico de como se decide no Brasil denomina-se *crise de dupla face*. A superação dessa crise é o que pode proporcionar a construção de uma resposta judicial adequada à Constituição. O novo CPC, com sua expressa sujeição aos preceitos e valores constitucionais (art. 1º do CPC) e com a efetivação do dever constitucional (art. 93, IX, da CF) de fundamentação das decisões judiciais (art. 489, § 1º, do CPC), se aproxima da resposta judicial hermenêutica e constitucionalmente adequada. Tal resposta deve ser oriunda da construção intersubjetiva que supera a relação sujeito-objeto em favor da sujeito-sujeito. O novo CPC não admite qualquer hipótese de livre convencimento, o que transparece o rompimento com a admissibilidade do paradigma da filosofia da consciência, assim como com o positivismo pós-exegético de perfil normativista que admitia a decisão judicial como ato de vontade. Ele exige que a jurisprudência seja estável, íntegra e coerente. Desse modo, se presume a incompatibilidade do novo CPC com o decisionismo, o ativismo e o voluntarismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Protagonismo judicial; teoria da decisão; novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: The current law has not disentangled the ills of legal positivism of profile post-exegetical normative. The new law of Civil Process through its democratic virtue seeks to break with the judicial discretion of the old Code. This discretion stems from legal objectivism as the legal subjectivism. This philosophical theoretical dilemma of how to decide in Brazil is called double face crisis. Overcoming this crisis is what will provide for the construction of a judicial response adequate to the constitution. The new law of Civil Process, with its express subjection to the principles and constitutional values and the realization of the constitutional duty to state reasons for judgments approaches it to the judicial response hermeneutically and constitutionally adequate. Such a response must come from the intersubjective construction that overcomes the subject-object relationship in favor of subject-subject relationship. The new law of Civil Process does not admit any possibility of free conviction, what demonstrates the disruption with the admissibility of the paradigm of the philosophy of cons-

ciousness, as well as to the positivist profile post-exegetical normative that admits the court decision as an act of will. It requires the jurisprudence to be stable, fair and consistent. Thus, it is assumed the incompatibility between the new law of Civil Process and decisionism, activism, and voluntarism.

KEYWORDS: Judicial protagonism; decision theory; new Law of Civil Process.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Referencial teórico; 1.1 Contextualização necessária; 1.2 As mazelas do protagonismo judicial; 1.2.1 O decisionismo judicial; 1.2.2 O ativismo judicial; 1.2.3 O voluntarismo judicial; 1.2.4 O ponto fulcral que alicerça qualquer dos “ismos”; 1.3 O porquê de nem tudo estar perdido; 1.3.1 Interpretação e linguagem: as condições de possibilidade; 1.3.2 *Habemus* novo Código de Processo Civil; 1.3.2.1 A primazia do contraditório e a vedação do julgamento surpresa, artigos 9º e 10 do novo CPC; 1.3.2.2 Artigo 371: o início do fim do livre convencimento (motivado ou não); 1.3.2.3 Artigo 489, § 1º: A didatização do dever fundamental de fundamentação das decisões judiciais; 1.3.2.4 Artigo 926: por uma jurisprudência estável, íntegra e coerente; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O contexto utilizado para o desenvolvimento deste trabalho é o fim da vigência de um Código de Processo Civil (CPC), oriundo de um Estado de Exceção (não obstante suas inúmeras minirreformas, com vistas a adequá-lo à jurisdição constitucional), e o início da vigência de um *codex* processual, projetado, debatido e promulgado após a ascensão do Estado Democrático de Direito.

Pretende-se a análise hermenêutica do modo como se decide no Judiciário brasileiro, com vistas à verificação de que os elementos que sustenta(va) m o ativismo, o decisionismo e o voluntarismo, comportamentos que viciam a legitimidade do protagonismo judicial na tarefa de construir as respostas à judicialização, não foram, pelo novo CPC, objeto de reprimenda.

E, nesse sentido, demonstrar que a superveniência dessa lei é um indício do afastamento da jurisdição (e do direito) do paradigma epistemológico da filosofia da consciência – com raízes em Descartes e Kant – que coloca o sujeito como o único fundamento sobre o qual se pode estruturar a realidade e proceder à sua modelação racional-prática e, ao mesmo tempo, do positivismo normativo pós-exegético, alicerçado na discricionariedade de Kelsen e Hart, à vista de que ambos, subjetivismo e objetivismo, são precursores da arbitrariedade judicial (Luchi, 1999).

Em seu artigo inicial, o novo CPC presta a devida homenagem e esclarece sua submissão à Constituição, ao mesmo tempo em que determina que a sua interpretação deverá ser alinhada com os valores e com as normas fundamentais que dela advêm.

Desse modo, não seria utópico dizer que é – ou, ao menos, deveria ser – atribuído ao juiz (ou tribunal) o poder-dever (fundamental) de decidir de forma

adequada à Constituição, para, no exercício do seu mister, enquanto intérprete, nela buscar as condições de validade da sua *ratio decidendi*.

Por meio deste estudo pretende-se a introdução e a compreensão da ideia de resposta adequada à Constituição de Lenio Streck, a partir da hermenêutica filosófica de Gadamer e da teoria do direito como integridade e coerência de Ronald Dworkin, para, ao fim, atestar sua aplicabilidade ao novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, indicar que é a partir da construção intersubjetiva do direito, fundada no paradigma da filosofia da linguagem, que se supera o esquema sujeito-objeto em favor da relação sujeito-sujeito. Nesta, intérprete e texto dialogam para a correta determinação do seu significado (norma), de forma que nem intérprete nem texto possa, isoladamente, determinar tal significação. Desse modo, a resposta hermenêuticamente adequada não estaria na manifestação solipsista do julgador, tampouco na letra da lei.

Assim, o principal objetivo é tornar evidente que o jurisdicionado é titular de um direito fundamental a uma resposta judicial hermenêuticamente adequada, erigida por meio de uma teoria da decisão judicial livre dos vícios inerentes às discricionariedades do binômio subjetivismo-objetivismo, formulada, sobretudo, em consonância com os preceitos constitucionais, caríssimos sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

1 REFERENCIAL TEÓRICO

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO NECESSÁRIA

Há que se considerar, para efeito de contextualização, que o recém-revogado CPC é produto e herança de um Estado de Exceção. Sim, pois foi editado e promulgado em 1973, período no qual *terrae brasilis* estava condicionada e submetida a um governo militar eminentemente autoritário.

Nesse período de evidentes arbitrariedades, sob a égide daquele Estado autoritário, formulou-se um *codex* processual radicado no protagonismo judicial oriundo do positivismo pós-exegético de perfil normativista de Hans Kelsen, que apostava diretamente no poder discricionário dos juízes (Streck, 2013).

O citado protagonismo judicial, por si só, não poderia ser, *prima facie*, considerado um mal absoluto que vicia toda a jurisdição, tampouco como alternativa desregrada e autônoma para a suposta concretização dos direitos individuais e proteção das garantias fundamentais, sob o pretexto de atender-se aos anseios da sociedade (influências metajurídicas). Veremos na sequência que, de modo restrito e com critérios arraigados na Lei Maior, o protagonismo (lido

como a resposta à judicialização, ou como a obrigação que nasce do princípio do *non liquet*), poderia encontrar alguma legitimação constitucional.

De toda sorte, evidencia-se que mesmo após a superveniência do Estado Democrático de Direito (com a promulgação da Constituição Federal de 1988 filiada ao dirigismo constitucional e suas diretrizes normativas), com a aparente superação da crise de Estado, ainda subsistem mazelas oriundas daquele período de exceção.

Muito disso se deu em decorrência de que a transição de regimes autoritários para governos eleitos democraticamente simplesmente não encerra a tarefa de construção democrática, é necessária uma segunda transição (uma passagem pelo Estado de Bem-Estar Social), até o real estabelecimento de um regime democrático (O'Donnel, 1991).

Nesse sentido, a crise do direito e do Estado subsistira em razão de que o velho modelo de feição liberal-individualista-normativista ainda não havia desaparecido e, por conta disso, o novo modelo, construído por meio do Estado Democrático de Direito, não conseguia vir à luz. Assim, as antigas promessas da modernidade, caracterizadoras do Estado de Bem-Estar Social, mesmo integrando o texto constitucional, ainda estavam distantes da sua efetivação (Streck, 2014).

Segundo Streck (2014), a noção de Estado Democrático de Direito é imanente à realização dos direitos fundamentais e sociais. Todavia, à vista das parcas políticas públicas existentes, inaptas à concretização desses direitos e ao respeito a essas garantias e, em razão disso, a consequente judicialização da vida e da política, o Poder Judiciário ascendeu ao seu próprio protagonismo.

Judicialização significa que diversas questões importantes do âmbito político, social ou moral estão sendo decididas pelo Poder Judiciário. Trata-se de uma transferência da atribuição dos poderes originários do Executivo e do Legislativo, em favor dos juízes e tribunais. Para Barroso, a judicialização decorre do caráter analítico da Constituição e da ineficiência e inércia dos demais poderes (Barroso, 2013).

Streck (2016) reconhece a ocorrência da judicialização; porém, a admite como um fenômeno eminentemente contingencial. O jurista a relaciona diretamente às características programático-normativas da Constituição e como consequência do funcionamento inadequado das instituições dentro da diretriz constitucional. Esclarece, entretanto, que, por ser contingencial, na medida em que se melhore a situação das instituições, isto é, tão logo se consiga implementar as normas programáticas da Constituição, o nível de judicialização deve diminuir.

Nesse debate teórico, para Barroso (2013) o ativismo judicial expressa uma postura ou um comportamento do intérprete, na medida em que ele re-

presenta uma conduta proativa e expansiva de interpretação das normas, para, com isso, potencializar o seu sentido e aumentar o seu alcance, superando o legislador ordinário. Neste contexto, segundo o autor, o comportamento ativista do Poder Judiciário é inevitável e, portanto, legítimo.

Trata-se [o ativismo] de um mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. (Barroso, 2013, p. 19)

Segundo se vê, para Barroso o ativismo é útil à jurisdição e não precisa ser expungido da prática judicial, mas deveria ter seu uso controlado, ou, quando muito, evitado. Assim, se para ele a judicialização da vida não decorre da vontade do Poder Judiciário, o ativismo judicial sim.

Streck, por outro lado, argumenta que o ativismo judicial e seus congêneres sempre representam condutas arbitrárias e antidemocráticas, e estão intimamente ligados ao modo (comportamento) com que o Judiciário lida com as questões advindas da judicialização. Assim, o provimento jurisdicional, dependendo da forma de criação, isto é, do comportamento do julgador, pode ou não ser ativista (Streck, 2016).

De acordo com o autor, quando se responde à questão judicializada por meio de uma teoria da decisão adequada à Constituição, não se tem espaços para os subjetivismos ou para as discricionariedades. Logo, não se permite a ocorrência do comportamento decisionista (Streck, 2011).

De toda sorte, quando se decide com base no livre convencimento, na livre valoração probatória ou em elementos que estejam exclusivamente na consciência do juiz – que por conta disso não admitem qualquer espécie de controle –, se tem a perfeita caracterização da figura decisionista, contrária à democracia normativa que se origina no pacto fundamental (Streck, 2011).

Não se pode olvidar, portanto, que a atitude decisionista-ativista-voluntarista na busca das possíveis respostas à judicialização é um comportamento (pre)judicial que atenta contra o Estado Democrático de Direito. É importante que se esclareça, sob pena de redundância, que a corrupção do protagonismo judicial não acontece em função da judicialização, mas em razão da conduta decisionista-ativista-voluntarista do órgão julgador no exercício da jurisdição que aquela responde.

A vigia-mestra que sustenta essa forma ilegítima de se praticar o encargo jurisdicional é a discricionariedade (que leva à arbitrariedade), cujo ponto de ascensão é o paradoxo teórico ao qual Streck, por meio da sua hermenêutica jurídica e(m) crise, atribui a denominação de crise de dupla face (Streck, 2014).

De um lado, o modelo exegético-positivista de fazer e interpretar o Direito, que se sustenta em posturas objetivistas, segundo as quais o texto sobrepõe-se ao intérprete. Nos casos simples, basta a aplicação da lei por subsunção e, nos difíceis, ao juiz não é defeso escolher ao seu alvedrio a norma mais apropriada. É, segundo Streck (2011), a crença de que o juiz deve fazer a ponderação de valores a partir dos *seus* valores.

A discricionariedade do positivismo normativo advém do reconhecimento de que as normas jurídicas, com sua objetividade calcada na metafísica clássica, não conseguiriam prever todas as hipóteses de sua aplicação. Dessa forma, nos casos em que não se tem norma preexistente, ou havendo, subsista mais de uma interpretação, a solução dar-se-á pela aplicação de normas metajurídicas, oriundas do arbítrio da consciência solipsista do órgão julgador (Streck, 2011).

A abordagem e a solução de todos os casos, para Kelsen, se dá, ainda que minimamente, pelo ato de vontade do juiz enquanto criador de direitos. No exercício deste mister, o magistrado é relativamente livre, pois, na aplicação do direito, a interpretação da norma combina-se com um ato de vontade, por meio do qual esse órgão efetua a escolha entre as possibilidades reveladas. Kelsen admite, portanto, a discricionariedade como uma fatalidade necessária, inafastável da aplicação do direito, e atribui ao juiz a roupagem de intérprete-criador-concretizador que, *de per se*, traz à luz e efetiva, pela sua, a vontade ínsita das normas (Luiz, 2013).

Para Herbert Hart – reconhecido, na opinião de Dworkin (2002), como o mais refinado positivista –, a vagueza é imanente à linguagem jurídica e o sistema jurídico é eminentemente aberto. Por conta disso, para o autor, admitem-se diversas interpretações em relação a uma mesma norma.

Na esteira da doutrina hartiana, os *easy-cases* são resolvidos por subsunção, enquanto, no julgamento dos *hard-cases*, os juízes podem decidir de modo discricionário, à vista da permissibilidade de escolha da interpretação que lhes soar mais apropriada (Hart, 2002).

Para o autor britânico isso não quer dizer que a decisão será necessariamente arbitrária: quer dizer, apenas, que ela será produto de uma escolha pessoal. Em outros termos: como o magistrado detém autoridade, cuja outorga ocorreu por meio de normas reconhecidas como legítimas pela comunidade, ao decidir, ele pode, legitimamente, escolher a decisão que ele achar melhor. O positivismo hartiano acredita que no campo da discricionariedade a decisão est(ar)á sempre correta (Hart, 2002).

Para Hart (1996), a discricionariedade não se apresenta, portanto, como uma fatalidade, tal qual para Kelsen, mas como a salvação para os casos difíceis e para os juridicamente não regulados, justamente porque, como dito, para esse autor o direito é um sistema que dela depende.

Observa-se que ambos, cada qual ao seu modo, admitem que o juiz, por fatalidade ou faculdade, decida por meio da vontade. Legitimam-no como criador do direito e, assim, demonstram que o positivismo normativo, ao fim e ao cabo, recorre ao paradigma da filosofia da consciência.

Do outro lado da crise, há o conjunto de posições doutrinário-jurisprudenciais calcado na subjetividade do solipsismo judicial, corolário do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, para o qual o intérprete sobrepõe-se ao texto. Nas lições de Streck (2009), a filosofia da consciência (que no direito representa uma vulgata desta) se define pela substituição do direito por juízos subjetivos da consciência do julgador.

O subjetivismo, na lição de Luiz (2013), possui centro gravitacional na ideia de que o sujeito assujeitador do mundo (aquele que cria e atribui sentido ao seu objeto de estudo), ao deparar-se com o texto, a ele atribui diversas possibilidades de significação e que, por essa razão, a interpretação consiste em escolher, com base nos seus valores pessoais – portanto, estranhos ao ordenamento jurídico – uma dessas significações. Para o autor, nessa concepção, os juízes, e não as regras, possuem a exclusiva função criativa do significado da norma.

Para a corrente subjetivista o senso de justiça (sucédâneo da moralidade pessoal) da consciência do juiz é que tem lugar no exercício de solução dos litígios. Ocorre que, dessa forma, o julgador escolhe por *feeling* em vez de decidir por julgamento, e, nesses casos, a fundamentação da decisão (que nessa circunstância se reveste das características da motivação) é o sentimento particular acerca daquilo que o magistrado pensa ser certo ou errado, justo ou injusto (Luiz, 2013).

Deve ser esclarecido, entretanto, que tal postura solipsista não se revela adequada ao Estado Democrático de Direito, porque, neste, segundo Tribe e Dorf (2007), não se pode outorgar ao juiz a possibilidade de produção da resposta que, exclusivamente fundada em sua visão pessoal, seja mais apropriada.

Segundo Luiz (2013), não parece crível que, após a promulgação de uma constituição com força normativa que fixa o dever (fundamental) de fundamentação de todas as decisões judiciais, em plena era do predomínio da linguagem e na vigência de uma democracia constitucional, se renuncie a tudo isso e se confie a decisão à consciência solipsista de um indivíduo investido na função de juiz.

Daí a pergunta: por que, depois de uma intensa luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, enfim, pela inclusão das conquistas civilizatórias nos textos legais-constitucionais, deve(r)amos continuar a delegar ao juiz a apreciação discricionária nos casos de regras (textos legais) que contenham vaguezas e ambiguidades e nas hipóteses dos assim denominados *hard cases*? Volta-se, sempre, ao lugar do começo: o problema da democracia e da (necessária) limitação do

poder. Discrecionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: está tudo entrelaçado. (Streck, 2010, p. 3)

Para Streck (2011), a filosofia da consciência é refém do esquema sujeito-objeto, por conta disso é incapaz de se permitir à construção intersubjetiva. Quem assim decide forma a sua convicção antes de motivá-la – e motivação não é sinônimo de fundamentação. É como se, nesses casos, as respostas antecedessem às perguntas.

Assumir que motivação é igual à fundamentação é afirmar que primeiro o juiz escolhe – com total liberdade – e, após escolher, motiva tal escolha. Caso isso fosse admitido a decisão seria refém da boa (ou má) vontade (de poder) do julgador. Logo, se o processo é condição de possibilidade, a fundamentação da decisão é condição de democracia (Streck, 2016).

Não é por acaso que a nossa Constituição estabelece, por meio do art. 93, IX, o dever de fundamentação, dispondo que essa é a condição de validade para qualquer decisão judicial. Além disso, esse dever fundamental de fundamentação deveria, desde a Emenda Constitucional nº 45, ter colocado as decisões fundadas no princípio do livre convencimento, motivado ou não, em um exílio epistêmico.

Nesse sentido, o CPC, por meio de um verdadeiro pleonasma jurídico (e é bom que isso seja dito), no intento de reafirmar aquela disposição constitucional, dispôs em seção específica acerca do dever de fundamentação (art. 489, § 1º) e expungiu do seu texto qualquer alusão à palavra “livre” (convencimento/apreciação).

Não se trata, evidentemente, de se escolher entre seguir a vontade constitucional ou a do constituinte, a da lei ou a do legislador, até porque, nessa quadra da história, segundo Streck (2014), já se superou a discussão sobre a dicotomia *voluntas legis* (tese objetivista) *versus voluntas legislatoris* (tese subjetivista).

Deixar a função de atribuição de sentido à coisa-objeto (lei) ou ao sujeito (legislador) é retornar à ultrapassada relação sujeito-objeto, porque sobressai evidente que, para aferir a vontade da lei, ou a vontade do legislador, depender-se-á, sempre, da vontade do intérprete, e isso é, portanto, incompatível com o Estado Democrático de Direito (Streck, 2011).

Por conta disso, depreende-se que não se pode dizer que o sentido enquanto norma está exclusivamente na lei, tampouco sustentar que aquilo que o legislador quis dizer é mais importante do que aquilo que ele efetivamente disse. Da mesma forma, não se pode admitir como verdade que é o intérprete quem estabelece o sentido da norma segundo sua subjetividade (Streck, 2014).

O direito, ao contrário disso tudo, tem sentido interpretativo. Isso quer dizer que o texto jurídico não possui sentido meramente analítico e, por isso,

não possui sentido em si mesmo, do mesmo modo como não existem conceitos sem coisas, não se têm respostas antes das perguntas. Enfim, não existem regras gerais que contenham os sentidos de forma antecipada (Streck, 2011).

1.2 As MAZELAS DO PROTAGONISMO JUDICIAL

Como já introduzido anteriormente, no exercício de resposta à judicialização o juiz está tão somente cumprindo seu mister constitucional, na medida em que, uma vez proposta a lide, o juiz não pode se furtar à sua apreciação. Nesse sentido, os magistrados deve(r)iam, a partir de uma teoria da decisão judicial, proporcionar àquele que procura a justiça uma resposta consentânea (Luiz, 2013).

Contudo, o perfil dos juízes atuais, segundo Luiz (2013), é eminentemente solipsista e, diante dessa complexa situação jurisdicional, eles empregam, no exercício dos seus encargos, aquilo que se repudia no ordenamento jurídico: a discricionariedade, vício que desfigura qualquer legitimidade reconhecida ao protagonismo do Judiciário, vez que é dela que advêm o decisionismo, o ativismo e o voluntarismo judicial.

Essas condutas podem possuir conceitos semelhantes; no entanto, elas não são exatamente a mesma coisa. Pode-se dizer que elas são as partes que formam uma mesma coisa e devem ser assim compreendidas: as partes pelo todo e o todo pelas partes, como variações de um mesmo hábito; portanto, vários comportamentos de cariz similar. Assim, para ilustrar essa face ilegítima do protagonismo utilizar-se-á de uma metáfora restrita a este trabalho. Imagine-se um monstro jurídico análogo à *Hidra de Lerna*¹ – um ser *mitológico tricéfalo*, cujas cabeças correspondem, respectivamente, ao decisionismo, ao ativismo e ao voluntarismo judicial.

1.2.1 O decisionismo judicial

A etimologia que possui relevância jurídica em relação ao termo decisionismo se origina na teoria de Carl Schmitt, cuja aplicabilidade dar-se-ia justamente no escopo de um Estado de Exceção. Nesse sentido, o decisionismo judicial seria a decisão que cria o direito independentemente da obediência às regras de criação de qualquer decisão, pois sua força jurídica não deriva da força jurídica dessas regras. Para Schmitt, o decisionista estabelece o justo por meio de uma decisão pessoal, soberana (Macedo Jr., 2011).

Nesse sentido:

1 A Hidra de Lerna (em grego antigo: Ἰδρα), na mitologia grega, era um monstro, filho de Tifão e Equidna, que habitava um pântano junto ao lago de Lerna, na Argólida, hoje o que equivaleria à costa leste da região do Peloponeso. *A Hidra tinha corpo de dragão e 3 cabeças de serpente.*

Juridicamente podemos encontrar o último fundamento jurídico de todas e quaisquer validades e valores de direito em um processo volitivo, uma decisão que, enquanto tal, cria o “direito” e cuja “força jurídica” [*Rechtskraft*] não pode ser derivada da força jurídica de regras de decisão, pois *mesmo uma decisão que não corresponde à regra cria direito*. Essa força jurídica de decisões contrárias à norma pertence a todo e qualquer “ordenamento jurídico”. Diante disso, um normativismo consequente deveria levar ao absurdo de que a decisão, conforme a norma, extrai a sua força jurídica da norma, ao passo que a decisão contrária à norma extrai a sua força apenas de si mesma, da sua contrariedade à norma!

Para o jurista do tipo decisionista, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão última, dada com o comando, que constitui a fonte de todo e qualquer “direito”, isto é, de todas as normas e ordenamentos seguintes. (Macedo Jr., 2011, p. 49) (grifos nossos)

Como dito, o decisionismo se caracteriza pela expressão do justo por meio de uma decisão pessoal, autoritária, soberana, para a qual as regras de formação de uma decisão não são preponderantes. A importação, no mínimo equivocada, dessa moléstia jurídica se revela o sucedâneo do atraso no Direito brasileiro e desafia o predomínio da linguagem até os dias de hoje.

Observe-se o exemplo a seguir, advindo de um julgamento realizado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça pátrio:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. [...] *decido, porém, conforme minha consciência*. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém*. (STJ, AgRg-REsp 279.889/AL, Min. Humberto Gomes de Barros, J. 03.04.2001, DJ 11.06.2001, p. 24) (grifos nossos)

Nesse julgado se revela a prepotência de quem se presume intocável no exercício de uma função a si atribuída constitucionalmente, ignorando, segundo se percebe, qualquer responsabilidade político-jurídica ou submissão ao pacto fundante que antes o legitimara. A única condição de validade para o decisionista é vinculada àquilo que sua soberana consciência lhe impõe (Macedo Jr., 2011).

São conhecidas – e nem se questionam – as prerrogativas que os magistrados detêm e necessitam para a lisura do exercício jurisdicional; entretanto, nenhuma delas os coloca em patamar que exceda os limites constitucionais. De todo modo, não se pode olvidar que é a Constituição que representa o fundamento supremo de qualquer regra/forma de decisão e de formação dessa

decisão, e, para o estarecimento de alguns, ela deve prevalecer em face da própria consciência.

1.2.2 O ativismo judicial

A segunda cabeça da *Hidra*, o ativismo judicial, a mais popular delas – eis que se pretende bela –, como já antecipado alhures, pode ser concebida como as hipóteses em que o Poder Judiciário extrapola os limites semântico-interpretativos, atribuindo sentido para além ou para aquém daquilo que a norma estatui, de forma que, assim agindo, passa a legislar ou a criar políticas públicas (Santos, 2007).

Os juízes e tribunais assumem para si uma postura heroica, superiorizada em relação aos demais poderes do Estado, violando a norma fundamental da separação tripartida, em uma cruzada irresponsável na busca (ou no pretexto) de se concretizar direitos a qualquer custo. No exercício do ativismo é que cabe a máxima maquiaveliana de que os fins justificam os meios.

Acerca das dimensões do ativismo, dispõe Marshall:

(a) Ativismo contra-majoritário: a relutância das Cortes em acatar as decisões das instituições democraticamente eleitas; (b) Ativismo não-originalista: A falha das Cortes em acatar alguma noção de originalismo em casos decisivos, se esse originalismo está fundamentado em uma estrita fidelidade ao texto ou em referência à intenção original dos autores; (c) Ativismo de precedentes: a falha das Cortes em acatar precedentes judiciais; (d) Ativismo jurisdicional: a falha das Cortes em aderir a limites jurisdicionais em seus próprios poderes; (e) Criatividade judicial: a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional; (f) Ativismo remediador: o uso do poder judicial para impor obrigações afirmativas a outros ramos de governo ou de colocar instituições governamentais em supervisão judicial como parte de um remédio judicial imposto; (g) Ativismo partidário: o uso do poder judicial para conquistar claros objetivos partidários. (Marshall, 2002, p. 104)

No caso do ativismo, nesse ponto bastante semelhante aos demais impropérios judiciais, é o subjetivismo do juiz que o guiará na aplicação do direito. Pouco importará o texto constitucional ou a legislação vigente, pois basta determinada dose de clamor popular para ignorar-se a tudo aquilo e permitir-se a prevalência da sua visão pessoal em detrimento da norma.

Um bom exemplo para demonstrar a atividade da *Hidra* na seara constitucional, quando guiada pela sua segunda cabeça, é o recente julgado do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 132 em conjunto com a ADI 4277, que muito repercutiu por versar acerca da constitucionalidade das relações homoafetivas. Nesse sentido o voto do Relator, Ministro Ayres Britto:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradou-

ra entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva. (STF, ADPF 132, ADI 4277, p. 32)

Não se nega, de modo algum; na verdade, se defende a imperiosa necessidade de se regulamentar tal matéria, sem, contudo, se olvidar que a via eleita para tanto afigurou-se inapropriada, isso porque, nas palavras de Luiz (2013), seria correto que, nesse caso, se propusesse emenda constitucional para a alteração do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, e não o adequar por meio do controle abstrato de constitucionalidade.

De toda sorte, por força da supremacia constitucional, enquanto não for alterado o que dispõe o aludido artigo da Lei Maior, deve(r)amos respeitá-lo, em razão de que tal dispositivo permanece no bojo da Carta Fundamental e, em consequência disso, ainda representa a vontade democrática declarada por oportunidade da constituinte de 1988.

Segundo Streck (2014), o que não se pode é aceitar que o Judiciário, substituindo-se ao constituinte e ao legislador, passe a formular o regulamento jurídico para cada situação. Nesse sentido, Luiz (2013) assevera que esta não é função do Judiciário, e o ativismo aparece justamente nesse ponto do julgamento, em que o STF substitui o texto da Lei Maior por aquilo que o tribunal entende como o melhor para a sociedade em determinadas situações.

O que se busca, portanto, é tão somente o inarredável respeito à Constituição, isto é, que a jurisdição seja exercida adequadamente, e não por motivações subjetivas da consciência do indivíduo, por melhores que eventualmente possam ser suas intenções.

Essas são as características do ativismo, ele usurpa a vontade estabelecida pela própria nação – por meio da Constituição – e atribui ao subjetivismo do órgão julgador a incumbência de aplicar o direito que lhe parecer mais conveniente. Isso, como já dito, é uma conduta antidemocrática que não encontra legitimidade na Lei Maior, afinal, como assevera Streck (2013), os pretensos bons ativismos nada mais são do que a porta de entrada para os maus.

1.2.3 O voluntarismo judicial

Finalmente, concluindo a descrição figurativa da monstruosidade *jus-mitológica-tricéfala*, passa-se à descrição do *modus operandi* no voluntarismo judicial.

A última cabeça do mau protagonismo se revela nos casos em que juízes e tribunais, no exercício de suas atribuições, atuam sem consubstanciar suas decisões nas premissas normativas existentes no Direito, isto é, ficam aquém, vão além ou simplesmente ignoram as regras às quais se encontram adstritos pela

sistemática jurisdicional. Agem não pelo sentimento do justo, como nos casos anteriores, mas sim pela vontade (voluntariedade) de fazer justiça, afastando-se, inclusive, do princípio da inércia jurisdicional.

O voluntarismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário atua sem o respaldo direto em uma lei, ultrapassando os limites do texto normativo para regulamentar o âmbito material com parcela razoável de discricionariedade, contrariando a integridade sistêmica do ordenamento jurídico. Zagrebelsky plantea que ele se caracteriza pela atuação *praeter legem* do Judiciário, criando uma obrigação onde dantes não havia. A aporia surge quando decisões do Poder Judiciário afrontam a soberania popular – considerada como cláusula pétrea, e ainda por cima colidem com a jurisprudência outora consolidada e com dispositivos normativos da Lei Maior. (Agra, 2009, s/p).

Nesse sentido, Streck observa como exemplo o fundamento utilizado pelo Ministro Barroso por ocasião da concessão da liminar no MS 32326.

Considero, ademais, haver *periculum in mora* (perigo na demora) pela gravidade moral e institucional de se manterem os efeitos de uma decisão política que, desconsiderando uma impossibilidade fática e jurídica, chancela a existência de um deputado presidiário, cumprindo pena de mais de 13 anos, em regime inicial fechado. A indignação cívica, a perplexidade jurídica, o abalo às instituições e o constrangimento que tal situação gera para os Poderes constituídos legitimam a atuação imediata do Judiciário. (STF, voto no MS 32326, Min. Barroso, 2016)

No caso fatídico, mesmo depois de o Supremo ter firmado entendimento no sentido de que caberia ao Congresso Nacional a última palavra no que tange à cassação de parlamentares (posição com previsão constitucional), Barroso encaminhou seu voto em sentido contrário, invocando, para tanto, argumentos metajurídicos como a indignação cívica, o constrangimento, o abalo às instituições e a perplexidade jurídica (Streck, 2015; Barroso, 2016).

Depreende-se que dessa forma de conduta é que exsurgem decisões judiciais fundamentadas em critérios plenamente vinculados à vontade do intérprete, que, por sua vez, estaria acima da estrutura do ordenamento jurídico. Streck compreende que no voluntarismo judicial a norma é preterida por vontade de poder, isto é, a decisão do magistrado desta depende, e não da força normativa das leis ou da Constituição (Streck, 2011).

É oportuna a menção de que no âmbito do STJ, após o início da vigência do atual CPC, realizou-se o julgamento de um recurso que bem retrata a prevalência da vontade em detrimento de expressa disposição legal:

A decisão agravada não merece reforma. A Corte estadual, analisando o contexto fático-probatório dos autos, concluiu pela ocorrência do dano moral do cliente, em face da demora no reparo do veículo e a revisão do citado entendimento esbarra no óbice da Súmula nº 7/STJ. Acerca da necessidade de prova pericial, nos termos do art. 370, *caput*, e parágrafo único, do Código de Processo Civil/2015,

em conformidade com o princípio do livre convencimento, “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”, indeferindo, fundamentadamente, as diligências que entender inúteis ou protelatórias, entendimento que se coaduna com a jurisprudência adotada nesta Corte. Incidência da Súmula nº 83/STJ. Em face do exposto, não havendo o que se reformar, nego provimento ao agravo interno. É como voto. (AgRg-AREsp 827.440/MT, 13.04.2016)

De plano, percebe-se a referência que a Ministra faz ao CPC de 2015 ao fundamentar sua decisão e, nesse sentido, não poderia ser diferente, à vista que o julgamento aconteceu após o início da vigência do novo Código. Esclarece-se, no entanto, que, também sob a pecha de fundamentação, a decisão do STJ invoca algo que se pensava exilado pelo CPC: o livre convencimento (Streck, 2016).

É preocupante a decisão, porque aponta para um futuro nada promissor no tocante à plena efetivação do CPC. O ponto-chave que não se pode esquecer é que o novo CPC apenas tornou expressas exigências materiais que já decorreriam de uma leitura sincera (e “moral”, para falar com Dworkin) dos diversos dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias especificamente processuais. Então: o novo CPC não exatamente “inova” quando determina aos juízes que, ao decidir, não invoquem motivos que justificariam qualquer outra decisão; ele apenas dá consequência ao dever previsto no art. 93, IX, da CF, que estabelece o dever fundamental de fundamentar decisões judiciais. (Streck, 2016, s/p)

Segundo se vê, o órgão julgador não levou em consideração a redação do art. 371 do CPC, proporcionando sério receio de que o STJ vai deixar de cumprir o CPC justamente no ponto em que houve maior esforço legislativo. Dito de outro modo: ao que tudo indica, o STJ, aparentemente, vai encontrar uma forma de deixar de aplicar os dispositivos do CPC que buscam evitar que se decida de modo descontextualizado e com parca fundamentação (Streck, 2016).

1.2.4 O ponto fulcral que alicerça qualquer dos “ismos”

O que resta evidente neste ponto do estudo é que, seja qual for a atribuição nominativa desses tipos de comportamento judicial, percebe-se que eles serão sempre imanentes à discricionariedade judicial e intimamente ligados ao subjetivismo, corolário do paradigma sujeito-objeto, que se posiciona de modo antagônico ao paradigma da intersubjetividade (Streck, 2011).

[...] a discricionariedade que combato é aquela decorrente do esquema sujeito-objeto, da consciência de si do pensamento pensante, enfim, da subjetividade assujeitadora de um sujeito que se considera “proprietário dos sentidos (abstratos) do direito” e que nada “deixa” para a facticidade. Permaneço, destarte, fiel à tese assumida de há muito, de maneira a enfatizar e a reprimir com veemência – a

começar pela nomenclatura – *a possibilidade de o discricionário [...] revestir-se de arbitrário*. (Streck, 2011, p. 461) (grifos do autor)

Tal discricionariiedade deve ser entendida como a margem de liberdade que se outorga ao julgador com prejuízo às regras produzidas em consonância com a ordem democrática, que, por assim serem, possuem estrita vinculação à Lei Maior. Desse modo, no Brasil o que se denomina discricionariiedade judicial não é nada além de uma brecha desenvolvida no sistema jurídico para legitimar eventuais arbitrariedades judiciais (Streck, 2011).

Corroborando o raciocínio de Streck, o ensinamento de Luiz (2013) dispõe que, uma vez havendo substituição do direito por aquilo que o juiz considera justo, há, de fato, um sério déficit democrático, porque prejudica aquilo que se fixou de forma legítima por meio do pacto social fundante – que representa as regras basilares fixadas no exercício do autogoverno – para se privilegiar aquilo que o magistrado pensa que o direito é.

1.3 O PORQUÊ DE NEM TUDO ESTAR PERDIDO

A partir daqui, para o apontamento das incompatibilidades entre o CPC de 2015 e o protagonismo judicial, bem como para a introdução da teoria defendida, é necessário assumir que a problemática jurisdicional restou bem compreendida. Em outras palavras, é inarredável a compreensão de que a jurisdição nacional ainda é prisioneira de um arcabouço hermenêutico submisso à metafísica clássica e, principalmente, à filosofia da consciência.

Em razão disso é importante que se aponte um caminho alternativo de interpretação hábil a desvencilhar o exercício jurisdicional daqueles paradigmas que estão impregnados no imaginário jurídico brasileiro. Esse caminho de adequação da decisão judicial às diretrizes do novo CPC passa pelo giro linguístico hermenêutico, por meio de Heidegger e Gadamer, pela integridade e coerência de Ronald Dworkin, pela nova crítica do direito, de Lenio Streck e, finalmente, pelo inexorável filtro que é a Constituição Federal.

1.3.1 Interpretação e linguagem: as condições de possibilidade

É somente por meio da linguagem que a interpretação se faz possível, se antes, na relação sujeito-objeto, ela era uma coisa que se punha entre eles, agora, ela passa a representar a condição de possibilidade para a compreensão. Toda interpretação depende da linguagem, ela é a condição para a realização do ato de compreender. A própria existência depende de compreender e interpretar, por meio da linguagem, tanto a si mesmo quanto a tudo que está ao seu redor, por isso, para Heidegger, o ser está “condenado a interpretar” (Stein, 1988; Luiz, 2013).

Isso porque toda a interpretação realiza-se de um modo linguístico, que se constitui, assim, na condição última da realização hermenêutica do compreender. A hermenêutica, neste cariz, não se preocupará com métodos ou modelos exegéticos, mas sim com a interpretação mesma da linguagem, enquanto ela representa a estrutura fundamental irredutível da própria compreensão. Inverte-se a visão moderna de que a linguagem estaria dominada pela razão (consciência) de um sujeito que a dobra como quer, eis que agora o homem pertence à linguagem. (Luiz, 2013, p. 98)

A crítica de Streck (2003) recebe no mundo jurídico a viragem linguística (*linguistic turn*). Assim, a linguagem não pode mais ser vista como algo que se estabelece entre um sujeito e um objeto, mas como a condição de possibilidade para se falar sobre alguma coisa, porque isso só ocorre na linguagem e por meio dela.

Neste contexto, a hermenêutica deve ser recepcionada como uma exploração filosófica do caráter que envolve todo o conceito de compreensão. A revolução linguística-pragmática surgiu a partir do trabalho de Hamann, Herder e Humboldt, por meio do qual se originara a primeira ruptura paradigmática, isto é, a partir dessa obra é que se passa a considerar a linguagem como elemento constitutivo da relação do ser com o mundo (Luiz, 2013).

Hamann localizou na linguagem o ponto comum do entendimento e da sensibilidade buscada por Kant, com isso proporcionou à linguagem uma dimensão empírica e transcendental. Herder concebeu a linguagem como a abertura do mundo, ao passo que, para Humboldt, a linguagem aparece como a condição de possibilidade para uma visão do mundo em sua amplitude (Streck, 2009).

De todo modo, é pela obra de Heidegger e Gadamer que o paradigma da linguagem recebeu a roupagem com a qual fora recebida pela ciência do Direito. O primeiro, a partir da sua reformulação do ser, reinseriu a facticidade da vida na filosofia. Em sua obra *Ser e tempo*, o autor revela que o ato de compreender é um exercício ontológico, no qual se inclui a historicidade da compreensão, o exercício dialético e o questionamento do intérprete que analisa sua própria situação enquanto questiona a si mesmo (Luiz, 2013).

Para Heidegger, o ser e o ente não são a mesma coisa, entre um e outro, para Heidegger, há uma diferença ontológica. O ser é sempre o ser de um ente, o ente somente acontece no seu ser; logo, um não existe sem o outro. Por conta disso, o ser e o ente não são coisas iguais, ao mesmo tempo em que não são coisas diferentes (Stein, 2001).

Essa diferença ontológica está na circularidade em que ocorre a compreensão. Segundo Streck (2009, p. 427), é “com o ser que chegamos aos entes. O ser existe para dar sentido aos entes. Não vemos o ser; vemos o ente no seu ser. É neste sentido que Heidegger pensa as bases da diferença ontológica”.

Para explicar essa circularidade da compreensão, a teoria heideggeriana utiliza o círculo hermenêutico: compreendem-se as partes como um todo e o todo por meio de suas partes.

Heidegger se refere ao fato de que, na filosofia, sempre se tivera consciência de um tal fato, visto que as partes de um texto eram compreendidas a partir de um sentido prévio que se projetava sobre o todo do texto e que esse todo, por sua vez, era, então, compreendido a partir das partes. (Stein, 2001, p. 247)

Nesse sentido, o ato de compreender não é tão somente a capacidade de resgatar uma experiência vivida, mas o próprio modo de existência do ser-no-mundo. Desse modo, o ser reconhece a si como integrante de um mundo que não é sua criação e admite que depende desse mundo para sua autocompreensão (Luiz, 2013).

Gadamer recebe a tese do ser-aí de Heidegger e a admite sob as vestes da pré-compreensão, no sentido de que aceitar a historicidade (tradição) em que se está inserido é condição primeira para que se possa compreender (Stein, 2008).

A função dessa pré-compreensão gadameriana como antecipação de sentido é justamente assegurar que o intérprete não saia de um “grau zero” de interpretação e a partir dele diga qualquer coisa sobre qualquer coisa. Noutras palavras, a pré-compreensão (tradição) evita que o intérprete, a partir do texto, crie a norma com base na sua ideologia ou nos seus valores pessoais (Streck, 2011; Luiz, 2013).

Apoiado no círculo hermenêutico, o autor aduz que do mesmo modo que não se pode conhecer de fato uma realidade que não aquela do tempo e do espaço em que se vive, paradoxalmente, não se pode ignorar a importância da tradição no mister interpretativo, porque não se consegue romper com as experiências que já se viveu.

O círculo hermenêutico é um círculo rico em conteúdo (*inhaltlich erfüllt*) que reúne o intérprete e seu texto numa unidade interior a uma totalidade em movimento (*processual whole*). A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos. (Gadamer, 2003, p. 13)

Gadamer afirma que a linguagem não pode ser entendida como um mero conjunto de signos, mas como, em si mesma, aquilo que se fala. Dessa forma, a concepção do mundo só pode ocorrer linguisticamente, pois “trata-se de falar do mundo e de nos darmos conta de que não podemos falar do mundo a não ser falando da linguagem”. Portanto, “sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. Não há coisa alguma onde falta a palavra” (Stein, 2004, p. 175).

A interpretação, portanto, não ocorre do nada; interpretar é explicitar aquilo que se compreendeu. Logo, não se interpreta para compreender, mas, sim, se compreende para interpretar. Para Gadamer, a interpretação ocorre em

um único momento, na aplicação, e estará correta quando ninguém questionar o sentido atribuído a algo (Streck, 2011).

Na hermenêutica filosófica gadameriana, a tradição e a linguagem são as condições necessárias para o processo interpretativo: a primeira se apresenta como a estrutura prévia da compreensão e do contexto em que ocorre a *applicatio*; a segunda se revela como a condição de possibilidade para a interpretação da estrutura prévia, do contexto ou de qualquer outra coisa. Logo, é a linguagem que possibilita ao indivíduo falar que algo é, na medida em que ela torna possível esse próprio falar (Luiz, 2013).

1.3.2 *Habemus novo Código de Processo Civil*

Eis que, após um longo período de estruturação e tramitação, exurgiu no ordenamento jurídico brasileiro, no ano de 2015, a Lei nº 13.105 – alcunhada de novo Código de Processo Civil. Trata-se de uma legislação que inova em vários aspectos, sobretudo pela sua evidente cariz democrática e subordinação constitucional, tanto que é assim que se iniciam as disposições do novo Código: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República [...]” (CPC/2015, art. 1º).

Depreende-se que o CPC de 2015, já em seu artigo inaugural, se alinha aos parâmetros e preceitos constitucionais, estabelecendo, com isso, a forma com a qual seus dispositivos devem ser interpretados/aplicados. Sua matriz republicana o põe em sintonia com a principiologia da Lei Maior, e não haveria de ser diferente, na medida em que, ao contrário do seu antecessor, fora formulado, debatido e promulgado na vigência de um Estado Democrático de Direito (Cunha, 2016).

A necessidade de que se harmonizasse a nova lei processual à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, adaptados para uma versão processual. Assim, por exemplo, percebe-se a intensa reivindicação do respeito ao contraditório, mesmo quando o juiz estiver tratando de matéria de ordem pública (Brasil, 2010).

A coerência normativa foi encarada pelo legislador como um objetivo fundamental; logo, fora mantida em termos absolutos à luz da Constituição Federal. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais (Brasil, 2010).

O dispositivo [art. 1º do CPC] encerra uma obviedade. Não somente as normas processuais, mas qualquer outra há de ser construída e interpretada de acordo com a Constituição da República. São várias as normas da Constituição Federal que contemplam preceitos de ordem processual. As normas fundamentais constitucionais aplicam-se ao processo. O art. 1º do CPC refere-se a “normas”

estabelecidas na Constituição. A expressão é adequada, abrangendo tanto regras como princípios constitucionais. (Cunha, 2016, p. 28)

Desse modo, a novel legislação processual tem por objetivo tornar o processo mais democrático, para, assim, aproximá-lo das diretrizes constitucionais, assegurando-se o cumprimento da lei material. Hoje o processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição, de forma que se tenha o maior rendimento possível dos seus princípios fundamentais (Brasil, 2010).

Assim, respeitando-se a abrangência deste estudo, far-se-á uma exposição analítica das inovações trazidas ao ordenamento jurídico que visam ao estabelecimento de uma nova maneira de se decidir. As regras e os princípios adotados pelo novo *codex* demonstram a tentativa de rompimento com o antigo modo de se decidir, no qual sempre se estava em uma encruzilhada: entre objetivismos e subjetivismos.

Destaca-se, portanto, que o novo CPC, se aplicado com integridade e coerência, sob o teto da hermenêutica filosófica à qual se filia, não ensejará a ocorrência das já mencionadas mazelas do protagonismo judicial. Aliás, a interpretação do CPC de 2015 revela total incompatibilidade entre a nova lei e o antigo modo solipsista de se decidir. Nas palavras de Streck (2016, p. 549), “o que ocorreu foi uma superação paradigmática”.

O exílio epistêmico do livre convencimento e seus congêneres é corolário do paradigma da intersubjetividade – que supera a relação sujeito-objeto das correntes objetivistas e subjetivistas em favor de uma relação sujeito-sujeito – e sua adoção é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito (Streck, 2015).

A partir da inclusão do inciso IX do art. 93 da Constituição, que estabelece o dever fundamental de fundamentação das decisões judiciais, não haveria mais que se falar em livres convencimentos, motivados ou não. A constituição diz claramente que a fundamentação é condição de validade da decisão (Streck, 2016).

Assim, a expulsão da palavra *livre* do novo CPC se revela como uma verdadeira redundância, na medida em que, quando se precisa fundamentar não se pode livremente se convencer. Atente-se, no entanto, que, embora redundante, essa obviedade do legislador foi necessária, pois o imaginário jurídico à brasileira simplesmente não efetivara a norma constitucional.

O dever de fundamentação deveria ter encerrado essa discussão, pois é incompatível com o livre convencimento, mas, por conta da baixa constitucionalidade em *terrae brasilis*, era preterido em favor da voluntariedade do juiz (Streck, 2011).

Por isso é que o novo código assumiu o risco de ser repetitivo: exilou a palavra *livre*, vedou a surpresa processual, estabeleceu quase didaticamente as condições para que uma decisão possa ser considerada fundamentada e determinou o inarredável dever de que a jurisprudência seja estável, íntegra e coerente (Streck, 2016).

Fechando o cerco sobre velhos adágios e serôdias teses, o legislador do CPC estabeleceu algumas blindagens contra a subinterpretação do art. 93, IX, da CF: os arts. 10 (proibição de não surpresa), 371 (fim do livre convencimento), 489 (os diversos incisos que trazem uma verdadeira criteriologia para decidir) e o 926 (que estabelece a obrigatoriedade de a jurisprudência ser estável, íntegra e coerente). (Streck, 2016, s/p)

O novo CPC não coaduna com ativismos, decisionismos ou voluntarismos judiciais, porque estes dependem justamente daquilo que não foi recebido pela norma: a filosofia solipsista da consciência e a discricionariedade positivista. O modelo constitucional democrático é incompatível com o livre convencimento, o paradigma agora é o da linguagem (Streck, 2016).

Ao acabar com o livre convencimento, o risco da discricionariedade tende a diminuir. Porém, há que se ter uma vigilância epistêmica, para evitar-se que a cotidianidade das práticas do Judiciário construa um “sempre foi assim” e, com isso, se repristine o livre convencimento e, com ele, as posturas decisionistas (Streck, 2016).

Para decidir de forma adequada à Constituição, os julgadores deverão se valer de uma teoria da decisão judicial, calcada na linguagem como condição de possibilidade, devendo abdicar da vontade de poder e socorrer-se na autonomia do direito como integridade e coerência (Streck, 2011).

Por meio do círculo interpretativo da hermenêutica filosófica gadameriana e da integridade do direito de Dworkin é possível encontrar um caminho democrático e constitucionalmente adequado para se decidir (Streck, 2011).

1.3.2.1 A primazia do contraditório e a vedação do julgamento surpresa, artigos 9º e 10 do novo CPC

Segundo o art. 9º da lei processual, não será proferida decisão sem que se ouça previamente a parte afetada. Isso revela a homenagem ao princípio constitucional do contraditório e sua bem-vinda importação para a seara processual. O contraditório, pela lição de Nunes (2016), consiste no direito que as partes possuem à informação, como condição de possibilidade para a reação no processo.

Nesse rumo, em se tratando de Estado Democrático de Direito, que é o caso, continua o autor, o princípio do contraditório decorre do princípio do devido processo legal de inarredável obediência e, por isso, pelo princípio do

contraditório, ninguém poderá ser afetado por uma decisão em cuja formação não pôde influir em igualdade de condições com a parte contrária. Se as partes têm o poder de influência, o juiz tem o dever de consultá-las antes de proferir sua decisão (Nunes, 2016).

Já o contido no art. 10 do CPC de 2015 se revela como uma evolução do aludido princípio constitucional do contraditório, isto é, adota-se a concepção de um contraditório dinâmico. Revelando-o como verdadeira garantia de influência e da não surpresa processual. Por meio dele é que se impede que o juiz ou tribunal decida com base em conteúdo que não se oportunizou às partes dizerem a respeito (Nunes, 2016).

O contraditório, nessa ordem de ideias, deixa de ser diálogo somente entre os litigantes, já que nele se insere também o juiz que fica impedido de resolver questões que não tiverem passado pelo crivo da audiência dos principais interessados no litígio, ainda que se trate de matérias aplicáveis de ofício [autêntica vedação ao voluntarismo judicial]. Incluiu-se no conceito de contraditório a *garantia de não surpresa* como resguardo do direito de todos os sujeitos de não serem surpreendidos no resultado decisório. (Nunes, 2016, p. 54)

Ora, se já não é possível que se decida sobre fato ainda não discutido no processo e se as partes têm o direito de serem ouvidas previamente, percebe-se uma tentativa de mudança no enfoque jurisdicional. Quando o juiz não profere decisão contra alguém sem que esse alguém seja previamente ouvido, privilegia-se a função garantidora do juiz, na medida em que, nesse mister, ele garante o exercício do contraditório, princípio fundamental, e leva em conta a participação das partes no ato de julgar (Dworkin, 2002).

Assim, em um Estado Democrático que possui uma Constituição abrangente como a nossa, a teoria moral a ser adotada é a de que o cidadão possui direitos contra o Estado, e, por conta disso, as cláusulas constitucionais precisam ser compreendidas como a fixação de limites ao Poder Público, favorecendo a preservação dos direitos dos cidadãos (Streck, 2016; Dworkin, 2002).

O processo deve ser condição de *accountability* das decisões judiciais, à vista de que, se os cidadãos são titulares de direitos, esses direitos devem ser garantidos pelo órgão jurisdicional, e isso só ocorre no processo e por meio dele. Assim, quando a decisão possui origem discricionária, sem fundamentação, ou fundada no livre convencimento, ou em algo que não se permitiu às partes manifestação, essa *accountability* resta evidentemente prejudicada (Dworkin, 2002).

Desse modo, admitindo-se o processo sob sua melhor luz, a de cariz hermenêutico-democrática, o jurisdicionado deve participar da construção das decisões judiciais que o atingirão em seus direitos. As partes, enquanto sujeitos processuais, possuem influência na formação da decisão, devem ser vistas

como autoras e destinatárias do provimento judicial e, por isso, têm o direito de participar efetivamente do processo (Streck, 2016).

1.3.2.2 Artigo 371: o início do fim do livre convencimento (motivado ou não)

Não é de hoje a intensa batalha travada pela nova crítica do direito contra as mazelas do protagonismo judicial. Muito antes desse reconhecimento tardio que atualmente recebe a aludida crítica, já vinha ela propugnando, em uma autêntica guerra doutrinária, a prejudicialidade da admissão pós-constitucional do uso do instituto do livre convencimento, caríssimo aos juízes e tribunais.

Se, antes, a prática do livre convencimento se justificava pelo combate à prova tarifada, hoje se revela como o corolário do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, que se aperfeiçoa por meio de um voluntarismo que se pratica a partir da subjetividade do intérprete.

Agora, na vigência do Estado Democrático de Direito, em plena era do predomínio da linguagem, não é mais possível continuar transferindo a resolução das questões judicializadas à consciência dos juízes e tribunais. Por conta disso é que se expungiu o livre convencimento e seus semelhantes do bojo do novo CPC (Streck, 2016).

A justificativa apresentada para a retirada da palavra *livre* de todos os pontos do texto do novo CPC foi no sentido de que somente por meio do seu exílio é que poder-se-ia receber o paradigma da intersubjetividade, para o qual compreensão é igual a existir e que, portanto, supera o esquema sujeito-objeto indispensável em tempos de democracia constitucional e de autonomia do direito (Streck, 2016).

Streck (2016, p. 552) aduz que, “com a retirada do livre convencimento do CPC, o legislador encerrou um ciclo”. A partir de então, não mais se admite que o juiz decida com base na livre apreciação probatória ou em seu livre convencimento. Decisões como a usada para ilustrar o tópico 1.2.1 não têm mais lugar no exercício jurisdicional, porque isso seria ressuscitar aquilo que tanto se pejejou para matar (Streck, 2016).

Ocorre que, mesmo com toda a luta que foi engendrada para se apagar do texto do novo código qualquer indício da palavra “livre”, há quem, contrariando os limites semânticos da norma, afirme que nada mudou e que a tal liberdade judicial é inerente à decisão. Esse é ponto sobre o qual se deve manter vigilância, pois se percebe a resistência à recepção da virada paradigmática. Se essa resistência prosperar, a prática judiciária dos juízes e tribunais pode ensejar a construção de um “sempre foi assim”, e o “é assim mesmo” pode impedir a aplicabilidade do CPC naquilo que mais se esforçou (Streck, 2016).

De acordo com Streck (2016), o livre convencimento só é necessário quando o direito não é compreendido como um instrumento de transformação,

característica que ele assume no Estado Democrático. Neste, a discricionarie-
dade judicial é igual à arbitrariedade, e o exílio do livre convencimento do juiz
não significa, de modo algum, que ele esteja proibido de interpretar.

Vive-se hoje o paradigma da intersubjetividade, segundo o qual não há
lugar nem para o dono da lei, nem para o escravo da lei. Assim, como se viu no
estudo da hermenêutica filosófica, não se reproduz sentido nem se o atribui li-
vremente, antes de dizer algo acerca do texto, deve-se permitir que o texto diga
algo, no sentido da pré-compreensão gadameriana (Streck, 2011).

Assim, evidencia-se a opção paradigmática do legislador, na medida em
que, a partir da relação de intersubjetividade, “a decisão judicial exige exercício
prático, senso de dever, capacidade de se adotar uma atitude reflexiva em rela-
ção às próprias pré-compreensões [...]” (Streck, 2016, p. 554).

Como dito, isso não representa, de modo algum, proibição de que o juiz
realize o exercício interpretativo, mas sim que, ao fazê-lo, tenha responsabili-
dade político-jurídica e que suspenda seus pré-juízos sobre o mundo e sobre os
fatos que tiver de interpretar-julgar – atributos extraídos das teorias dworkiniana
e gadameriana, respectivamente – o que se quer, ao fim e ao cabo, é que os
juízes decidam com base no direito e não segundo suas convicções pessoais
(Streck, 2011).

Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que emanado pelas instituições
jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, res-
postas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos preceden-
tes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicado,
mesmo que seja o STF [*sic*]. (Streck, 2016, p. 554)

Assim, a nova redação da legislação processual é totalmente incompatí-
vel com comportamentos ativistas-decisionistas-voluntaristas. Em uma democ-
racia que possua uma Constituição compromissária como a nossa, não é pos-
sível que se pense na figura do juiz como uma entidade que se posiciona acima
das partes. Volta-se sempre ao problema da superação paradigmática, ou seja,
o protagonismo judicial (bem assim o voluntarismo e o decisionismo) fazem
parte de uma matriz teórico-filosófica radicada na subjetividade, corolário do
esquema sujeito-objeto (Streck, 2016).

O que há de novo, portanto, é responsabilização político-jurídica do
juiz. A fundamentação é a condição de possibilidade para a legitimidade da
decisão e não é admissível que ela se fundamente na visão subjetiva da consci-
ência do magistrado. Assume-se que o julgamento deve se dar por princípios,
que fecham a interpretação, e não por questões políticas, por convicção moral
ou qualquer outro predador do direito (Streck, 2016).

Isso, enfim, é o que precisa se fazer evidente: quando alguém busca o
Poder Judiciário não o faz para receber a opinião pessoal do indivíduo investido

na função de juiz sobre o objeto litigioso; o cidadão busca a jurisdição para que o juiz, por meio de uma decisão adequadamente fundamentada, oriunda de um processo que respeite os princípios e as garantias processuais constitucionais, lhe diga o que o direito tem a lhe dizer (Streck, 2016).

Assim, com essas disposições normativas, o legislador despersonalizou a aplicação da lei noutras palavras: numa democracia constitucional não se pode depender da boa ou má vontade daqueles que possuem a atribuição de resolver a controvérsia levada a juízo (Streck, 2014).

1.3.2.3 Artigo 489, § 1º: A didatização do dever fundamental de fundamentação das decisões judiciais

O ato decisório, como já descrito, não se confunde com uma escolha pessoal. Nessa linha de raciocínio, Dworkin (2002) a define como um ato de responsabilidade política, um exercício de poder em nome do Estado, comprometido com a moralidade política da comunidade, não como uma mera opção subsuntiva das teses reveladas no confronto entre as normas e o caso concreto.

Assim, a condição de validade da decisão enquanto ato de responsabilidade – que se exterioriza por meio da figura do indivíduo investido na função de juiz – é a fundamentação. Aquela que já há muito constava na Constituição Federal como dever fundamental e, também, há muito vem sendo reiteradamente preterida em favor de livres convencimentos e livres apreciações.

Se decidir não é igual escolher, fundamentar não é, portanto, igual a motivar. A fundamentação não se presta a justificar aquilo que o juiz já decidiu, porque, valendo-se do paradigma da intersubjetividade, a fundamentação precede à decisão, nunca o contrário. Esta é resultado daquela. Democracia e Constituição não se alinham com a tese de que primeiro se decide e somente depois se busca o fundamento (Streck, 2016).

O legislador realizou a expulsão do livre convencimento e, agora, percebe-se o quanto isso se revelou como condição necessária para a efetivação do dever de fundamentação, tratado amiúde pela novel legislação. A partir de uma leitura rasa do dispositivo observa-se que a decisão deverá zelar pela supremacia do caso concreto. É o retorno da faticidade e da historicidade ao âmbito jurídico.

Daí a esperança em se dizer que, com o novo CPC, será possível implementar a teoria da decisão judicial adequada à Constituição, que propugna que para cada caso em julgamento subsiste uma resposta correta. Atente-se: a teoria streckiana não trata da única resposta possível, tampouco da melhor entre muitas, trata-se *da* resposta, “é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, [...] se trata ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma” (Streck, 2011, p. 621).

Uma importante inovação do novo código é o dever de se contextualizar e de se explicar a incidência do ato normativo invocado ao caso em julgamento. O novo CPC veda, portanto, a mera indicação, reprodução ou paráfrase de dispositivo normativo sem que isso venha acompanhado da indispensável contextualização e explicação da relação entre a norma e o caso concreto em apreço. Segundo Streck (2016, p. 684), “no fundo, o CPC proíbe decisões sem contexto, ou, na linguagem hermenêutica, veda ‘conceitos sem coisas’”.

É também nessa toada a vedação da utilização de conceitos jurídicos indeterminados, na medida em que todo conceito trazido para a fundamentação da decisão deve necessariamente vir acompanhado do seu contexto de aplicação. Isto é, não basta mais nominar um princípio e seguir o discurso rumo a uma conclusão silogística. É necessário ater-se à particularidade da demanda, deve-se julgar “o” caso, à luz de uma percepção constitucionalmente adequada (Streck, 2016).

Na sequência, a lei estabelece a vedação da decisão padrão. Não será considerada fundamentada a decisão que se valer de motivos decisórios que serviriam para justificar qualquer outra decisão. Aqui retoma-se a alusão à primazia da faticidade, à valorização do caso concreto. Assim, o que se busca é esquema um-caso-uma-decisão. Nesse sentido “os motivos invocados na decisão devem ter um nexo causal – portanto, sempre, a questão do caso concreto assume condição de possibilidade do agir do juiz – entre o feito sob julgamento e as razões pelas quais determinada decisão está sendo exarada” (Streck, 2016, p. 685).

A partir de então terá de haver uma séria mudança de postura em geral adotada pelos nossos magistrados. A decisão clichê, proferida, em regra, no apreço de embargos declaratórios, de que “o juiz não é obrigado a examinar todas as alegações das partes” está com os dias contados, aliás, deve estar verdadeiramente extinta, sob pena de, se assim continuarem decidindo, o fazerem *contra legem*. O inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC exterioriza o direito fundamental que os jurisdicionados detêm de ver seus argumentos apreciados, rejeitados ou aceitos pelo órgão julgador (Streck, 2016).

Também há de ser nula a decisão que se apoiar em súmula ou precedente sem que se deixe evidente o ajuste do caso em julgamento aos fundamentos determinantes da súmula ou do precedente. É indispensável que o enunciado invocado tenha ligação com a concretude da situação em debate. O legislador atendeu a um anseio hermenêutico: a primazia do caso concreto, que devolve importância à faticidade no mister decisório.

Por meio desse aludido *standard*, regras processuais previamente estabelecidas em caráter democrático deixam de ser consideradas direito das partes para servir de álibi teórico a justificar correções subjetivas, ainda pautadas pelo positivismo e lastreadas no formalismo do direito. Eis o problema: investir em um protagonismo judicial sem, com isso, compreender sua incompatibilidade teórica com as

bases constitucionais do Estado Democrático. Há, portanto, que se considerar os limites de incidência e sentido, empregados por uma tradição jurídica que pode, ao final, romper com sua possibilidade de aplicação. (Streck, 2016, p. 686)

Finalmente, a decisão será considerada nula de fundamentação quando deixar de aplicar, ou ao menos apreciar e enfrentar (fundamentadamente), súmula ou precedente jurisprudencial aduzido pela parte. Para não incorrer na nulificação da sua decisão, o magistrado deverá realizar um exercício de *distinguishing* (de distinção) que demonstre claramente que o argumento (precedente, súmula ou jurisprudência) invocado pela parte não é aplicável ao seu caso concreto. Novamente, nas palavras de Streck (2016, p. 687), “o legislador faz uma homenagem ao caso concreto. Mesmo que haja vinculação por intermédio dos proventos vinculantes, sempre restará o caso concreto e suas especificidades”.

1.3.2.4 Artigo 926: por uma jurisprudência estável, íntegra e coerente

Em um primeiro contato com o art. 926 do CPC percebe-se sua nítida cariz dworkiniana, o que permite uma pequena exposição da teoria de Ronald Dworkin, que foi um importante crítico do positivismo pós-exegético de perfil normativista, cuja teoria do direito foi, aparentemente, adotada pelo CPC.

Sua principal crítica é em relação à discricionariedade judicial, porque, de acordo com o que se expôs até aqui, ela invariavelmente leva à arbitrariedade. Dworkin (2002) pontua que a discricionariedade resulta na impossibilidade de controle (*accountability*) das decisões judiciais.

A obra de Dworkin (2000) é no sentido de que o órgão julgador, em nenhuma hipótese, poderá decidir ao seu alvedrio, porque sua atividade é vinculada aos princípios do direito. Para justificar tal premissa, o autor elenca dois argumentos: o de que qualquer norma pode ser fundamentada em um princípio e o de que o órgão julgador não pode criar normas com aplicabilidade retroativa.

Nesse viés:

Caso se admita a discricionariedade judicial, então os direitos dos indivíduos estão à mercê dos juízes. A tese da discricionariedade supõe retroatividade. Os direitos individuais só são direitos se triunfam frente ao governo ou à maioria. Deixar à discricionariedade do juiz a questão dos direitos significa não se tomar a sério os direitos. Frente ao poder jurídico do juiz – poder criador de direito discricionário – Dworkin propugna a função garantidora – não criadora – do juiz. (Calsamiglia, 1989, p. 15)

O professor norte-americano afirma que os tribunais possuem o dever de aplicar os princípios jurídicos, porque eles integram o direito e não podem, por isso, ser vistos como pseudorregras; ao contrário, eles se definem como padrões de observância obrigatória (Dworkin, 2000).

Assim, os princípios não criam as condições para a sua aplicação, tampouco pressupõem um silogismo subsuntivo de acordo com situações predefinidas. Os princípios são proposições que descrevem direitos e exprimem, portanto, uma justificativa para a decisão, sua dimensão de peso ou relevância só ocorre na apreciação de cada caso concreto (Dworkin, 2000).

Diante disso, em uma situação de contraposição de princípios nunca haverá uma anulação recíproca. Os princípios têm dimensão de peso ou importância, assim, se eventualmente os princípios se chocarem, o que estará em jogo não será a validade de cada um, mas a sua força normativa em relação à situação concreta em debate (Dworkin, 2002).

A teoria interpretativa dworkiniana sustenta que o direito não é formado somente por regras jurídicas, mas também por princípios que vêm apresentar a melhor justificativa àquelas regras. Admite-se, assim, a existência de regras que nunca foram produzidas formalmente pelo processo legislativo, mas que, em decorrência dos princípios, são igualmente vinculantes (Dworkin, 2000).

A teoria de dworkiniana pressupõe a existência de alguns ideais que precisam ser perseguidos para que se possa ter uma distribuição mais justa dos recursos e das oportunidades. A esses ideais ele atribui a denominação de equidade, justiça, devido processo legal e integridade, que possui maior relevância no contexto deste estudo. Ela pode ser inicialmente compreendida a partir do princípio da igualdade, no sentido de que se existem casos semelhantes, eles merecem ser tratados da mesma forma (Dworkin, 1999).

A integridade se revela como a exigência aos juízes para que entendam o sistema jurídico como um conjunto de regras e princípios que devem ser considerados na atividade judicial. Sob sua batuta, a responsabilidade de se dizer o direito consiste em um exercício interpretativo que conjuga elementos que prestam homenagem tanto ao passado quanto para o futuro, de forma que a prática jurídica se mostre como um processo contínuo de desenvolvimento (Dworkin, 1999).

Doutro norte, haverá coerência quando os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões que formaram a jurisprudência o forem para os casos idênticos. Aqui, se percebe o diálogo entra a teoria dworkiniana e o novo CPC (Streck, 2016).

O direito como integridade [...] é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingencialmente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda. (Dworkin, 1999, p. 273)

O órgão julgador é induzido pela integridade à conclusão de que as partes possuem o direito fundamental a uma decisão bem fundamentada, porque elas (as partes) têm o direito de que suas ações sejam julgadas em consonância com a melhor concepção daquilo que as normas da comunidade a que pertencem exigem ou permitem para os fatos (Dorkin, 1999).

Nesse caminho, a integridade do direito exige ao juiz que ponha à prova sua interpretação, pois ela sugere que as normas devem deixar claro que o Estado possui uma só voz. O sistema integridade-coerência propõe uma jurisprudência uníssona e previsível, o que reafirma o princípio da não surpresa do art. 10 do CPC (Dworkin, 1999; Streck, 2016).

Para demonstrar a aplicabilidade do direito como integridade e coerência, Dworkin desenvolveu uma analogia entre o direito e a literatura, comparando o juiz de direito, ao mesmo tempo, a um escritor e crítico literário. Nesse exercício a prática jurídica seria um modo de conhecimento, ou seja, uma atitude epistemológica (Dworkin, 1999).

Nesse exercício, para decidir os casos que se lhe impõem, o julgador deve comportar-se como integrante de um empreendimento coletivo: a construção de uma obra literária com a participação de vários autores. Nessa obra as decisões e as práticas jurídicas são a história. O trabalho dos autores consiste em permitir a continuidade dessa história no futuro por meio do que fazem agora (Dworkin, 1999).

Para isso, o órgão julgador precisa interpretar aquilo que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar essa história adiante, vedando-se que, a partir dela, siga em uma direção distinta. É por meio dessa ideia que se compreende o caráter interpretativo do direito, na medida em que, uma vez vinculando-se a decisão atual às anteriores, exige-se uma relação de coerência narrativa (Dworkin, 1999).

Cada romancista pretende criar só um romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve. Deve adotar um ponto de vista que se vai formando aos poucos. (Dworkin, 1999, p. 277)

Dworkin (1999) denomina essa teoria de “romance em cadeia”. Nela os autores introduzem acréscimos à história que interpretam para poder continuá-la. Assim, é como se cada juiz fosse o autor de um novo capítulo dentro de um mesmo livro.

Para a realização desse empreendimento, cada escritor da cadeia deverá interpretar os capítulos pretéritos para escrever o capítulo seguinte. A cada novo capítulo, um novo romancista, um após o outro, e assim sucessivamente (Dworkin, 1999).

Todos os autores devem tomar o cuidado de escrever o seu capítulo da melhor forma possível, levando em consideração o que já foi escrito, para, assim, não incorrer no defeso retrocesso no desenvolvimento da história. Vê-se que a complexidade inerente a tal empreitada representa a mesma complexidade que se tem ao se decidir um caso difícil sob a égide do direito como integridade (Dworkin, 1999).

Os romancistas criarão, portanto, um único romance a partir do material que cada um recebeu e daquilo que a ele acrescentou. Desse modo, isso servirá de base para o que os seus sucessores na trama serão capazes de acrescentar. Eles devem criar o melhor romance possível como se fosse obra de um só autor, mas que, na verdade, é uma produção coletiva (Dworkin, 1999).

A tarefa atribuída ao escritor lhe exigirá uma série de avaliações na medida em que escreve e reescreve sua parte da obra. Cada posicionamento que vai se formando deverá ser ponderado para que se possa verificar se ele denota a continuidade ou um novo começo do romance. Para Dworkin (1999), os romancistas devem levar muito a sério suas responsabilidades com a continuidade, isto é, eles devem criar em conjunto um só romance que possua a melhor qualidade possível.

Dworkin (1999) ressalta que não se pode estabelecer uma distinção clara entre a etapa em que um dos romancistas da cadeia interpreta o texto que já foi escrito e a etapa em que ele acrescenta seu próprio capítulo, pois, ao ler aquilo que ele mesmo produzira, ele pode encontrar uma interpretação diferente daquela que teve no momento em que escreveu e, assim, pensar impossível continuar a escrever em consonância com o tom ou com o tema que escolheu no início da tarefa.

Essa situação levaria o escritor a reconsiderar as interpretações que eventualmente possam ter sido rejeitadas em um primeiro momento da escrita. De toda sorte, ele se vê compelido a retornar ao texto e reconsiderar as linhas produzidas de acordo como o que sua interpretação agora torna aceitável (Dworkin, 1999).

Para o autor, o intérprete que se pretende um romancista dessa cadeia terá pela frente diversas decisões difíceis. Assim, é nítido que diferentes romancistas eventualmente tomarão diferentes decisões, mas o que de fato importa é que as suas decisões estejam radicadas no romance em execução que lhe fora entregue. O compromisso com a coerência é indispensável (Dworkin, 1999).

O magistrado ou tribunal que adotar o direito como integridade deverá, portanto, considerar-se como um dos autores dessa cadeia. Desse modo, as suas decisões deverão ser consideradas como parte de uma longa história que ele deve interpretar e continuar. Sua decisão deverá ser produto de uma interpretação que ocorre na aplicação do direito ao caso concreto e que, ao mesmo tempo, e até onde seja possível, se adapte e justifique os fatos anteriores (Dworkin, 1999).

Portanto, se jurisprudência pode ser definida como um conjunto de sentenças proferidas de forma reiterada pelos tribunais, e sendo cada uma dessas decisões construída com integridade e coerência, respeitando-se o dever fundamental de fundamentação, chegar-se-á àquilo que determina o art. 926 do CPC, isto é, teremos uma jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente, exatamente como em um único romance construído aos poucos, por vários autores e da melhor maneira possível (Streck, 1998; Streck, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se que nem a teoria de Dworkin tampouco a filosofia de Gadamer admite o relativismo ou a discricionariedade. Percebe-se também que nenhum nem outro separa o ato de interpretar do ato de aplicar o direito. Os autores se socorrem na integridade/coerência e na tradição para negar um grau zero de interpretação e, com isso, exercer uma espécie de controle que restringe sobremaneira o risco de que o juiz decida ao seu alvedrio.

Uma teoria da decisão judicial que se pretende eficaz deve ser normativa, na medida em que uma teoria meramente descritiva não se preocupa com a questão de como o direito é aplicado. A negligência em relação ao fato de como o direito é aplicado faz qualquer teoria incorrer na separação entre razão prática e razão teórica, apostando-se, nesta, força-se aquela para fora do direito. Qualquer teoria da decisão deve se preocupar com o mundo vivido e criar uma forma de controle sobre a interpretação.

De todo modo, não se pode entender esse controle como uma vedação à interpretação, porque a interpretação não é um método. A interpretação faz parte da existência do ser-aí, ou seja, ela é uma forma de se estar no mundo. Assim, não há como evitar ou proibir o processo interpretativo porque o indivíduo, sempre que se depara com algo, já, antecipadamente, o compreendeu.

A bem da verdade, a situação é a seguinte: Se o juiz é quem decide o caso, proporcionando sentido ao direito, quais são as condições de possibilidade do magistrado ao decidir? Como travar a discussão sobre as condições de possibilidade de se dizer que algo é? Aqui o porquê da necessidade de construir-se uma teoria da decisão judicial, ela é a resposta para tal ordem de questionamentos.

A legitimidade do juiz advém do aparato normativo, isto é, ao contrário da dos demais agentes políticos que para suas funções são eleitos, a legitimidade dos juízes deriva das regras constitucionais. Dessa forma, quando o chefe do Poder Executivo ou os integrantes do Legislativo agem no exercício de seus encargos, eles estão tão somente exercendo a atividade para a qual foram eleitos, enquanto os magistrados, já que não são eleitos, não podem assumir a postura de criar, mas a de garantir os direitos já existentes.

Nesse sentido, como a democracia é o exercício de autogoverno de um povo, não seria democrática a substituição das normas estabelecidas no exercício deste autogoverno pela visão de uma só pessoa, quanto mais como no Brasil, em que essa pessoa, o juiz, não possui legitimação eleitoral. Portanto, o juiz deve agir de acordo com a Constituição e nunca impelido pelas suas convicções pessoais. Encontrar as respostas adequadas à Constituição é uma necessidade democrática.

É clara, portanto, a opção realizada pelo novo CPC, a partir da principiologia constitucional, em não mais legitimar condutas ativistas, decisionistas e voluntaristas, pois todos esses comportamentos possuem como condição de possibilidade a existência da superada relação sujeito-objeto.

Com o advento e a recepção do giro linguístico hermenêutico, com a didatização do dever fundamental de fundamentação das decisões judiciais e, principalmente, com o exílio do livre convencimento e suas variantes, o processo, ao menos o civil, inicia uma nova fase em *terrae brasilis*, uma fase evidentemente mais democrática.

De tudo que se disse, pode-se elencar cinco princípios que devem ser obedecidos em cada decisão judicial, sob pena de incorrer-se em ativismos-decisionismos-voluntarismos: toda decisão judicial deve preservar da autonomia do direito, estabelecer condições hermenêuticas para a realização do controle da interpretação constitucional, garantir o respeito à integridade e à coerência do direito, fixar que a fundamentação das decisões é dever fundamental dos juízes e tribunais, garantir que cada decisão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se tal resposta está ou não constitucionalmente adequada.

No que tange à aplicabilidade das regras e dos princípios do novo CPC, vale uma advertência, aliás, um convite à vigilância: remete-se à leitura do julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 827.440/MT, de 13.04.2016, localizado no item 1.2.3 deste trabalho. Além dos problemas relacionados à fundamentação, percebe-se algo ainda mais grave. Trata-se da repristinação (ou seria ressurreição?) do livre convencimento. Basta comparar a redação do art. 371 do CPC com a própria razão de decidir invocada na decisão.

Lembre-se que se expungiu a palavra *livre* do texto da lei, não se pode mais invocar o tal livre convencimento. É evidente que temos um problema. A decisão (*contra legem*) ignorou a redação do CPC, demonstrando que o Superior Tribunal de Justiça não pretende cumprir o novo CPC justamente em relação aos mecanismos que evitariam os provimentos lotéricos, repetitivos, descontextualizados e com parca fundamentação.

Observa-se que a questão aqui tratada é bastante complicada, pois, mesmo que houvesse sido mantido o livre convencimento no novo código, ainda que ele estabelecesse que o juiz é o único destinatário da prova, ainda assim isso seria inconstitucional. Repita-se: o modelo constitucional, a partir do inciso IX do art. 93, é incompatível com livre convencimento. E o CPC no § 1º do art. 489, reafirmando o óbvio, deixou isso bem claro.

Outrossim, considerando que o CPC ainda é muito recente, a doutrina não pode se permitir acomodar, é imperioso, portanto, que sejam criadas formas para se decidir que sejam adequadas à Constituição, para, assim, evitar-se que o velho jurisprudencialismo à brasileira – para o qual não interessa o que diz a lei, mas sim que se aceite que direito é aquilo que o Judiciário diz que é – insista em reiteradamente ignorá-la.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A mitigação da soberania popular pelo voluntarismo judicial. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-mitigacao-da-soberania-popular-pelo-voluntarismo-judicial/4049>>. Acesso em: 2 abr. 2016.

ALMEIDA FILHO, Jorge Patrício de Medeiros. *A decisão judicial na teoria dos direitos de Ronald Dworkin*: em busca de uma aproximação da ideia de justiça e legitimidade na aplicação do direito. Rio de Janeiro, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto, 2013. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/download/7433/5388>>. Acesso em 24 abr. 2016.

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

CALSAMIGLIA, Alberto. Prólogo. In: DWORKING, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ed. Ariel, 1989.

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

_____. *Justice for hedgehogs*. Cambridge/Massachusetts/London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

- _____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008.
- _____. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LUCHI, José Pedro. *A superação da filosofia da consciência em J. Habermas*. Pontificia Universitas Gregoriana, Facultas Philosophiae. Roma, 1999.
- LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lênio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. *Colorado Law Review*, v. 73, 2002; *Revista de Direito Público*, n. 6, ano III, jul./dez. 2011.
- MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática. Tese de Doutorado em Direito pela Unisinos. São Leopoldo/RS, 2014.
- NUNES, Dierle. Novo CPC consagra concepção dinâmica do contraditório. *Revista Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>>. Acesso em: 31 maio 2016.
- O'DONNELL, Guillermo. *Democracia delegativa?* Coleção Novos Estudos. 31. ed. Cebrap, 1991.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coleção Questões da Nossa Época. São Paulo: Cortez, 2007.
- SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Série Pensamento Moderno. 2. ed. Trad. Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes. 2013.
- STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijuí, 2001.
- _____. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004a.
- _____. *Seis estudos sobre "Ser e Tempo"*. Petrópolis: Vozes, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Livraria Saraiva, 2011.

_____. A juristocracia do novo Código de Processo Civil. *Revista Consultor Jurídico*, 18 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

_____. A metafísica jurídica, o mineirinho e o caso concreto. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-20/senso-incomum-metafisica-juridica-mineirinho-concreto>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; NUNES, Dierle. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Heidegger. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

_____. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. *Revista Consultor Jurídico*, 23 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

_____. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? *Revista Consultor Jurídico*, 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

_____. O que é ativismo? *Blog Os Constitucionalistas*, 10 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

_____. *O que é isso decido conforme minha consciência*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. STJ estaria refundando um movimento do direito livre para o novo CPC? *Revista Consultor Jurídico*, 28 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-28/senso-incomum-stj-estaria-refundando-movimento-direito-livre-cpc?imprimir=1>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

_____. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Amarilis de Souza Birchall. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.