

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

DANILO FERREIRA BORTOLI

**A FORMAÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL SOB A
ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A CRISE
DEFLAGRADA PELO DECISIONISMO, SOLIPSISMO E ATIVISMO
JUDICIAL**

MARÍLIA
2017

DANILO FERREIRA BORTOLI

**A FORMAÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL SOB A ÉGIDE DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A CRISE DEFLAGRADA PELO
DECISIONISMO, SOLIPSISMO E ATIVISMO JUDICIAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Dr. Juliano Napoleão Barros

MARÍLIA
2017

Bortoli, Danilo Ferreira.

A formação de uma teoria da decisão judicial sob a égide do Novo Código de Processo Civil: a crise deflagrada pelo decisionismo, solipsismo e ativismo judicial / Danilo Ferreira Bortoli; orientador: Prof. Dr. Juliano Napoleão Barros. Marília, SP, 2017.

102 páginas;

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2017.

1. Ativismo judicial 2. Código de Processo Civil. 3. Teoria da decisão judicial.

CDD: 340.1



Danilo Ferreira Bortoli

RA: 54677-1

A formação de uma teoria da rescisão judicial sob a égide do novo código de processo civil: A crise deflagrada pelo decisionismo, solipsismo e ativismo judicial

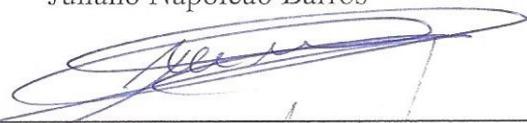
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 9.5

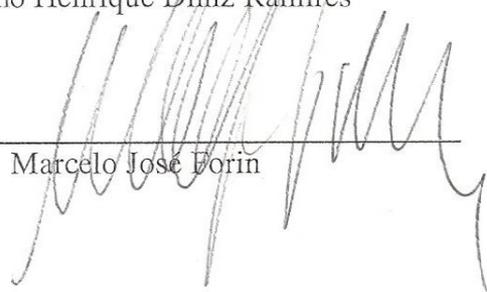
ORIENTADOR(A):


Juliano Napoleão Barros

1º EXAMINADOR(A):


Luciano Henrique Diniz Ramires

2º EXAMINADOR(A):


Marcelo José Forin

Marília, 01 de dezembro de 2017.

AGRADECIMENTOS

Quando decidi que este Trabalho de Conclusão de Curso seria sobre o Código de Processo Civil, então recém-sancionado e em processo de especulação no meio da dogmática jurídica, eu não estava totalmente seguro sobre como desenvolver um raciocínio mais completo sobre o dever de fundamentação. Acontece que é no processo de pesquisa e, consequentemente, amadurecimento de ideias que um trabalho se agiganta e toma outras proporções. Dessa forma, é assim que um texto que, originariamente, deveria ser uma coletânea asséptica de análises sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil tomou rumos curiosos, flertando com a imbricação entre Direito e Política e a própria noção de Estado Democrático de Direito, bem como uma tomada de consciência sobre a necessidade de constitucionalização do Processo Civil.

Todas essas noções adquiridas ao longo do processo de pesquisa e redação não surgiram solitariamente. Vieram através de um processo de amadurecimento que dificilmente pode ser atribuído somente a mim. Daí decorre um sentimento de infinita gratidão. Eis, portanto, os necessários agradecimentos.

Ao meu orientador, Juliano Napoleão, pela parcimônia com que desenvolveu essa orientação e por lembrar-me, várias vezes, que o Direito no Brasil, coitado, ele não tem solução.

A Melissa Cabrini Morgato, que, mesmo durante uma porção pequena de tempo como orientadora, deu ânimo para que eu pesquisasse a respeito de um dos temas que mais são caros a mim.

A Walkiria Heinrich Ferrer, que mostrou para mim um amor insuperável pelo conhecimento e pela pesquisa.

A Márcia Pompermayer de Freitas e Antonio Márcio Agostinho, da Advocacia-Geral da União, por terem me ensinado a escrever.

A Anne Gôngora e Ariane Rodrigues, por simplesmente *serem e estarem* ao meu lado e, especialmente, a Graciane Belluzzo, por fazer questão de me lembrar que, muito embora haja previsão expressa no Novo Código de Processo Civil, nenhum juiz no mundo parece entender que uma decisão má fundamentada é atacável por embargos de declaração.

A Silvio Guilen, por, basicamente, ser meu mentor.

A Ariadne Velosa, Aline Mazzo, Daiane Von Ancken, Ingrid Teixeira, Luís André Lisque, Jéssica Navarro e Nádia Oliveira, por serem a melhor equipe.

A Philip K. Dick, cujos livros me ensinaram que, quando se é louco, a melhor coisa a ser feita é ficar calado.

De maneira mais importante ainda, à minha família e, claro, a Deus.

“37. Nós deveríamos ser capazes de ouvir essa informação, ou narrativa, como uma voz neutra dentro de nós. Mas alguma coisa deu errado. Toda a criação é uma linguagem e nada senão linguagem, que por algum motivo inexplicável não conseguimos ler por fora e não conseguimos ouvir por dentro. Então eu digo isto: nós nos tornamos idiotas. Alguma coisa aconteceu com nossa inteligência. Meu raciocínio é o seguinte: o arranjo de partes do Cérebro é uma linguagem. Nós somos parte do Cérebro; logo, somos linguagem. Por que, então, não sabemos disso? Não sabemos sequer o que somos, quanto mais o que é a realidade exterior da qual somos partes. A origem da palavra ‘idiota’ é a palavra ‘particular’. Cada um de nós se tornou particular, e não compartilha mais o pensamento comum do Cérebro, a não ser num nível subliminar. Assim, nossa vida e objetivo reais são conduzidos abaixo de nosso limiar de consciência. ”

“Eu sou o que sou.”

Philip K. Dick, *Valis*

A FORMAÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A CRISE DEFLAGRADA PELO DECISIONISMO, SOLIPSISMO E ATIVISMO JUDICIAL

RESUMO: A formação adequada de uma teoria da decisão judicial – ainda que sempre provisória - só poderá, algum dia, florescer dentro do imaginário do Direito brasileiro quando se abordar uma crise que assola o terreno jurídico do país. Essa crise é formada por três condutas que ainda permeiam essa realidade, o decisionismo, o solipsismo e o ativismo judicial, aliadas a um modelo e leitura liberal-individualistas que percorrem o imaginário jurídico brasileiro: a resistência positivista diante da virada hermenêutica constitucional e um ensino jurídico ainda inserido nesse contexto.. De forma a perceber a incidência desses três fatores endógenos de erosão do Direito, é preciso voltar as atenções ao giro hermenêutico do início do século XX no anseio de encontrar soluções satisfatórias ao problema posto. A partir desse pressuposto, é enunciado que o Novo Código de Processo Civil representa um projeto de constitucionalização do Processo Civil no Brasil. A tríade de artigos 371, 489 e 926 apresenta esse desejo inicialmente constituinte e anuncia a possibilidade de formação de uma teoria da decisão judicial através da esquematização formulada pelo próprio Código. Essa formação é possível através da internalização de alguns conceitos concretos: o fim do livre convencimento motivado no artigo 371, o dever de fundamentação (ou justificação) das decisões judiciais no artigo 489 e o dever de integridade, coerência e estabilidade na jurisprudência dos Tribunais no artigo 926. Para tanto, e para além de uma simples esquematização formal de uma teoria da decisão, é preciso internalizar que o dever de fundamentação é condição do Estado Democrático de Direito, já que, numa democracia, nem todos têm direito a tudo, mas têm direito de serem efetivamente ouvidos em seus argumentos.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Código de Processo Civil. Teoria da decisão judicial.

THE FORMATION OF A THEORY ON JUDICIAL DECISIONS UNDER THE GUISE OF
THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: THE CRISIS TRIGGERED BY
DECISIONISM, SOLIPSISM AND JUDICIAL ACTIVISM

ABSTRACT: The adequate formation of a theory on judicial decision making – even when considering its provisory nature – can only blossom, one day, inside the judicial imaginary of Brazilian law when a crisis that plagues the judicial land of the country is tackled. This crisis is composed by three conducts that still roam around this reality, aligned to a model and Reading that are both conservative and individualistic,, a positivistic resistance to the constitutional hermeneutic turn, and a legal teaching still inserted in this context. In order to realize the incidence of these three factors of the erosion of Law, it is needed to turn our heads to the hermeneutic turn from the beginning of the twentieth century to find satisfactory answers for the problem as it is posed. Starting from this backdrop, it is enunciated that the New Code of Civil Procedure represents a constitutionalization of Civil Procedure in Brazil. The triad of Articles 371, 489 and 489 presents this initially constitutive desire and announces the possibility of the formation of a theory on judicial decision through the plotting provided by the Code itself. This formation is possible given the internalization of a few concrete concepts: the end of free motivated persuasion in Article 371, the duty to justification of a judicial decision in Article 489 and the duty to integrity, coherence and stability in the jurisprudence of Courts in Article 926. In order to do so, and going beyond a simple formal plotting of a theory on judicial decision making, it is necessary to internalize the notion according to which the duty to a well-grounded judicial decision is a condition to the rule of law, since, in a democracy, not everyone has the right to everything, but they have the right to be effectively heard considering their arguments.

Keywords: Code of Civil Procedure. Judicial activism. Theory on judicial decision making.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A PROBLEMÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL	12
1.1 O achamento do método: o ativismo judicial num contexto polissêmico	13
1.2 A imbricação entre Direito e Política	29
1.3 O ativismo judicial e a busca de uma resposta correta	33
2 A INVASÃO DO DIREITO PELA FILOSOFIA DA LINGUAGEM	44
2.1 A hermenêutica filosófica.....	45
2.2 O caráter reflexivo da historicidade.....	51
2.3 O papel da hermenêutica jurídica e da Crítica Hermenêutica do Direito	52
3 UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	58
3.1 Os princípios fundamentais de uma teoria da decisão judicial.....	59
3.2 Artigo 371: O fim do livre convencimento motivado	64
3.3 Artigo 489: Dever de fundamentação exaustiva da decisão judicial.....	69
3.3.1 Artigo 489, § 2º: A ponderação como sinônimo de decisionismo e solipsismo	76
3.4 Artigo 926: Direito como integridade e coerência	80
3.5 Artigo 927: A questão do precedente	83
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS	95

INTRODUÇÃO

O processo, no contexto de um Estado Democrático de Direito, pode ser visto sobre um duplo paradigma: primariamente, corresponde à condição de possibilidade da própria democracia, visto que, como veículo de satisfação de pretensões dos jurisdicionados, também serve à tutela de direitos e garantias fundamentais – mormente, a condição de ouvir e ser ouvido por terceiro neutro. Noutra sorte, configura uma ferramenta de controle do próprio Estado contra si mesmo e sua posição hierárquica. Barra suas próprias pretensões, sendo o processo, ainda, um salvo-conduto contra eventuais tiranias. Em suma, ele é uma projeção dialética: serve como condição de existência da própria democracia, sendo condicionante do Estado, ao passo de que serve contra ele mesmo.

Posto isso, quando o acima dito é lido sob a melhor luz, a existência de mecanismos processuais (e, ainda mais, a existência de uma legislação processual) eficazes e equânimes serve, também, como condição de existência da democracia. Visto sob um ângulo constitucional, o devido processo legal é um direito fundamental. Daí se denota a importância de uma legislação processual que concretize o ora preconizado na Constituição, mormente o contido no artigo 93, inciso IX da Carta Política – a publicidade do processo e, principalmente, *in casu*, o dever de fundamentação da decisão judicial.

Neste esboço, é possível asseverar que o atual Código de Processo Civil representa uma revolução para o processo judicial brasileiro. Esquematiza uma nova forma de entender o processo – não como mero *instrumento* que, eventualmente, também instrumentaliza o Direito em si. Representa a constitucionalização no Processo Civil, sendo, por óbvio, o primeiro Estatuto Processual a ser inteiramente sancionado sob a égide de um (pretendo, pelo menos) Estado Democrático de Direito – em suma, um Estado de Bem-Estar Social com um *plus* normativo.

Muito embora o Novo Código de Processo Civil represente, corporalmente, a constitucionalização do processo judicial no Brasil, este estudo tem o fito de analisar o novel Estatuto Processual sob um viés um tanto mais restritivo: a tríade de artigos 371, 489 e 926, todos do NCPC que, efetivamente, transcrevem o (e impedem a *subinterpretação* do artigo 93, IX, da Carta Política), com vistas à análise de uma Teoria da Decisão Judicial nesses termos.

Para efetivar a compreensão das razões por trás de tal revolução – verdadeiramente copernicana – é necessário, inicialmente, realizar a compreensão do *habitus* que permeia o tema e o estudo da decisão judicial – ou, melhor delineando a matéria, o senso comum teórico

dos juristas. Essa compreensão – no sentido fenomenológico-hermenêutico da palavra – pode ser efetuada por intermédio do estudo de, pelo menos, três grandes temas: o decisionismo (representado, em *terrae brasiliis*, pelo “livre convencimento motivado” e pelo princípio [sic] “da verdade real”, verdadeiros institutos processuais de outrora), o solipsismo (a prevalência da vontade unipessoal do julgador sobre o Direito) e o ativismo judicial, a verdadeira “vontade” de contornar a realidade por meio de decisões que, quase sempre, afrontam a separação das funções da República.

Tais três temas fazem parte do pressuposto central e inicial do presente trabalho: a dogmática jurídica brasileira se encontra encurralada pelo ativismo judicial, pelo solipsismo calcado numa vulgata da filosofia da consciência e pelo decisionismo.

É através do método fenomenológico-hermenêutico, capitaneado por Lenio Streck, que o presente trabalho recairá numa tentativa de superação desse paradigma: com uma devida internalização das benesses do *linguistic turn* que tomou lugar no início do século XX, o Direito ganha sua facticidade por intermédio de uma teoria hermenêutica do Direito (Crítica Hermenêutica do Direito).

É assim que se percebe que o Código de Processo Civil às vezes pode ser visto somente como um pano de fundo para questionamentos teóricos mais profundos. Estudando o fim do livre convencimento motivado, do dever de fundamentação das decisões judiciais e da principiologia de uma teoria que se preste a estudar os fundamentos da decisão, as explanações passam a ser, em seu âmago, sobre os conflitos entre Direito e Política, hermenêutica filosófica, Teoria do Estado, entre outras teorizações direcionadas à obtenção de uma adequada teoria que responda, satisfatoriamente, aos anseios de um estudo que pretende dizer qual o alcance de uma teoria da decisão.

Eis a importância deste estudo: é preciso diagnosticar a crise, fornecer o aparato necessário ao seu combate e, só então, estudar a teoria da decisão judicial por intermédio de todo esse aparato hermenêutico de alhures.

Portanto, o estudo será dividido da seguinte maneira: primeiro, estuda-se a crise paradigmática do Direito através da exemplificação pelo ativismo judicial; seguidamente, é fornecido um breve histórico das bases filosóficas que assentam o presente trabalho, eis que se trata de uma evolução de uma teoria da interpretação para uma teoria da compreensão do ser humano, bem como, nesse momento do estudo, é fornecida a base para a crítica da filosofia da consciência; depois de assentadas tais premissas teóricas, é formulado um esboço do que viria a ser a teoria da decisão judicial sob a égide do Código de Processo Civil. Muito embora o estudo tenha sido esquematizado de forma a possibilitar um escalonamento das

premissas (o diagnóstico; o oferecimento do ferramental teórico; a teoria da decisão), é inegável que o objeto de análise é eminentemente circular, de maneira que é necessário sempre adiantar, e ao mesmo tempo, visitar conceitos trabalhados ao longo do estudo.

No primeiro capítulo, será tratada a existência de uma crise multifacetada do Direito que resplandece em inúmeras confusões teóricas. Uma delas é o ativismo judicial. Sendo responsável por um enfraquecimento do elo existente entre as três funções da República, ele trata do agigantamento do Poder Judiciário, sem que este realize, efetivamente, jurisdição constitucional, em detrimento de sua própria legitimidade democrática.

Para que seja possível trabalhar melhor tais conceitos, é preciso, também, diferenciar Direito e Política, já que, em última análise, o ativismo judicial subsiste na “zona de penumbra” entre tais realidades. Será delineado que o Direito é condição de possibilidade da Política, de forma que esta última também possibilita o Direito, sendo certo que ele, a seu turno, também é condição de possibilidade do próprio regime democrático como é conhecido hoje. Em suma: existe uma relação simbiótica entre os dois. Entretanto, não são o mesmo. Eis a razão da crise.

O segundo capítulo tratará de fornecer o ferramental teórico para perceber a crise do Direito brasileiro. Numa breve digressão, será abordada a invasão do Direito pela filosofia da linguagem. Como será descrito, o Direito, desde o último século, tem se beneficiado de uma revolução copernicana trazida pela filosofia de Heidegger e Gadamer.

Esse aporte filosófico é importante porque, uma vez sabedor desse giro linguístico, é possível identificar os vícios de pensamentos em que a dogmática jurídica brasileira tem incorrido. Ou, colocando tais premissas de uma maneira melhor, como desde a promulgação da Constituição da República de 1988, o contexto dogmático brasileiro pouco tem feito para recepcionar o acontecimento do texto (e da norma) da Carta de então. Em parte isso se deve à perda do horizonte ôntico (em oposição à fusão de horizontes – *Horizonte Verschmelzung*), melhor tratado ao longo do segundo capítulo, e que importa muito para o desenvolvimento concreto de uma teoria da decisão judicial.

Uma vez internalizados os conceitos tratados naquele capítulo, a parte final do desenvolvimento do estudo analisará, de maneira esmiuçada, as novidades trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 no que tange à decisão.

Primeiramente, serão analisados os princípios fundamentais de uma teoria com esse propósito: os parâmetros filosóficos para a obtenção de uma resposta constitucionalmente correta em face do caso concreto; as seis hipóteses em que o julgador pode deixar de aplicar

um determinado dispositivo legal; um roteiro pormenorizado a que o julgador deve se ater quando em face de uma tomada de decisão.

Por derradeiro, ainda no terceiro capítulo, é tratada a questão um tanto quanto polêmica de uma leitura exacerbada – e, com será visto, antidemocrática – do artigo 927 do Novo Código de Processo Civil, quando se falar dos precedentes judiciais.

Deve ser advertido que, com estas análises, não é pretendido esgotar o tema proposto. Como dito, o objeto de estudo, uma vez analisado em sua plenitude, apresenta nuances teóricas muito grandes. O Novo Código de Processo Civil, nessa linha de raciocínio, traz questionamentos quanto à função e à razão de existência do Direito, Teoria do Estado, Teoria da Constituição, teorias mais variadas da interpretação e hermenêutica filosófica, razão pela qual se atesta a amplitude destes questionamentos. É por isso que o presente trabalho não teve a pretensão de fornecer respostas mais do que levantar questionamentos sobre a importância do dever de fundamentação da decisão judicial.

O ponto de partida é um pressuposto: a aplicação do Direito brasileiro se encontra em crise e a fundamentação das decisões judiciais é um direito fundamental.

1 A PROBLEMÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL

A presente pesquisa parte da premissa de que a formação adequada de uma teoria da decisão judicial só poderá, algum dia, florescer dentro do imaginário do Direito brasileiro quando se abordar, com a humildade e honestidade necessários ao caso, uma crise que assola o terreno jurídico do país. Numa combinação entre crises paradigmáticas, de ensino e de interpretação, passando pelos próprios conceitos de Estado Democrático de Direito e de Constituição (STRECK, 2014), é vital pensar sobre esses temas.

Pensar em recortes históricos e crises não é novidade e tem seus precedentes. Desde que a tragédia grega se assentou como verdadeiro gênero catalisador dos flagelos da Humanidade, a noção de “crise” se tornou um *continuum* na História. Desde um “mal-estar civilizacional” (FREUD, 2010), passando por noções de tradicionalismo (GUÉNON, 2004), tenta-se explicar momentos e períodos por intermédio de recortes ideológicos e temporais.

É por essa vontade de conhecimento, um ímpeto de recortar tempos históricos e de desvencilhar acontecimentos, que se constrói algo. O presente trabalho tem como um de seus pilares a desconstrução de um mal-estar epistêmico (ou, ao menos, a geração de um constrangimento epistêmico e cognoscente) dentro das ciências jurídicas. Nesse caso, o problema do ativismo judicial e as crises paradigmáticas dele decorrentes. Deve-se realizar um diagnóstico e, num ato contínuo, abordar e atacar o problema posto.

A crise, num contexto genérico, desde sempre, é multifacetada e contém diversas multitudes. É possível analisá-la sob diversos enfoques e trabalhar com ela até que se extraia uma narrativa coerente.

Uma crise, dada sua etimologia grega (*Krisis*), é “ação ou faculdade de distinguir e tomar decisão, por extensão é o momento decisivo, difícil de separar, decidir, julgar” (BARROS, 2009). Não importa se ela é econômica, financeira, cultural, regional ou global: uma crise é identificada pela necessidade de tomada de decisões e por uma instabilidade inerente a ela.

Que não se assuma, simplesmente, que o ativismo judicial seja a causa única ou tampouco a maior dessa crise do Direito. Como será visto ao longo deste trabalho, existem outras. Streck (2014, p. 31) as aponta: o modelo e leitura liberal-individualistas que percorre o imaginário jurídico brasileiro, a resistência positivista diante da virada hermenêutica constitucional e pós-positivista, e um ensino jurídico ainda inserido nesse contexto.

Aqui, levanta-se como pensamento que o ativismo judicial é prejudicial à democracia, à Tradição conforme conhecida e defendida por Hans-Georg Gadamer

(GADAMER, 1999) e à “integridade” do Direito sobretudo (DWORKIN, 2007), o que será mais bem delineado ao longo deste capítulo.

1.1 O achamento do método: o ativismo judicial num contexto polissêmico

Trazendo a noção de Canotilho (2013) de “achamento do método”¹, é preciso, entretanto, melhor tecer esses três últimos conceitos construídos. A noção de democracia pode ser, mesmo que inicialmente, cabulosa por si própria. Porém, como bem alerta Ronald Dworkin em seu *Justice for Hedgehogs* (DWORKIN, 2011), para que seja possível alcançar o mínimo de consenso, é preciso ater-se a “critérios de identificação” comuns e pacíficos. A noção de democracia aqui descrita é aquela umbilicalmente atrelada ao papel do Estado Democrático de Direito, que representa um verdadeiro *plus* normativo em relação ao Estado social e aquelas fases do Estado que vieram antes dele.

É possível, ainda, fazer-se valer de outro conceito de democracia. É um através do qual, lançando mão desses mencionados “critérios de identificação” se diz o que *não* é legitimidade democrática. Não é o caso de se detalhar, com maior afinco, as funções dos Poderes², ou dos poderes em si, dependendo da terminologia adotada. Entretanto, é o caso de se detalhar, pormenorizadamente, a *raison d’être*, a existência, do princípio da “pluralidade de poderes” (PAULA, 2016).

Deve-se ter em mente que o princípio da separação entre os poderes está evoluindo, mesmo que de maneira tímida, para o dito princípio da “pluralidade de poderes” ou de funções (DE PAULA, 2016). Da mesma forma, é preciso, também para conceituar democracia no âmbito do Estado Democrático de Direito (um Estado Constitucional) dizer que deixa lugar a noção de soberania meramente popular para, desta vez, entrar em cena a

¹ Canotilho (2013) toma para si que o achamento do método envolve a maior questão pertinente para a hermenêutica constitucional. Isto é, para o doutrinador português, não basta somente trilhar uma história institucional e constitucional brasileira, mas também analisar o conflito entre métodos de interpretação distintos, achando, assim, a distinção que ele coloca entre um neoconstitucionalismo fundador e o neoconstitucionalismo de agora. Eis a tarefa que envolve o “achamento do método”.

² Mesmo que de maneira extremamente breve, tal conteúdo merece alguma abordagem: como função típica o Legislativo edita leis e fiscaliza o Executivo na execução do orçamento, bem como em seu caráter financeiro e patrimonial. Em sede atípica, tem caráter jurisdicional ao julgar o Presidente da República nos cometimentos de crimes de responsabilidade. O Poder Executivo possui como função típica a realização de atos de chefia de Estado, tendo como função atípica papel regulamentador, legislativo (através de, por exemplo, edição de Medidas Provisórias), e jurisdicional. O Poder Judiciário guarda como função típica a aplicação do Direito (e aqui está envolto não somente as leis, mas o contido ordenamento jurídico como um todo), tendo como papel atípico a função regulamentadora e administradora de seus próprios órgãos (ABBOUD, 2016).

figura da soberania constitucional. Isto é, a ideia de representatividade perde sua força vinculante com a ideia de mera eletividade e ganha foco com a noção de submissão à vontade da Constituição, o verdadeiro norte nessas questões de legitimidade política e jurídica. É que realizar tal conexão “é uma limitação, insuficiente, fetichista e conservadora (como bem explicam Mangabeira Uer e Antonio Carlos Wolkmer) a explicar a crise de representatividade no século XXI” (PAULA, 2016).

Como visto, as noções clássicas de soberania institucional e legitimidade perdem espaço para a noção de adequação à Constituição e conformidade constitucional dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, figura jurídico-política tratada anteriormente. Se política, nesse caso, designa a ciência de bem governar um povo, constituído em um Estado (SILVA, 1997, p. 389 apud PAULA, 2016), nesse novo contexto a concretização desse bem maior deve vir acompanhado da realização de direitos fundamentais previstos na Constituição. Essa é a noção de democracia e de legitimidade que o ativismo judicial ataca.

A segunda definição importante é a de tradição, calcada por Gadamer (1999). É aqui que se deve realizar uma pausa – também no espírito dos “critérios de identificação” de Dworkin – para que se conceitue corretamente, para que se obtenha a almejada *one right answer*³ (DWORKIN, 2007).

Requer-se cuidado, já que Gadamer, verdadeiramente, refuta o historicismo, vertente hermenêutica-filosófica que enxerga uma suposta necessidade de análise da História como método interpretativo – para a obra de Gadamer, a interpretação ocorre *apesar* do método. Gadamer então enxerga, não se desvinculando do *dasein* de Heidegger (HEIDEGGER, 2006), que tudo aquilo que já foi dito e escrito sobre algo tem influência imensa sobre o que é escrito e dito ao longo do tempo acerca de algo. Quase que de maneira dialética. Se o homem é um verdadeiro *ser-no-mundo*, questão em que a todo momento é bombardeado pela sua experiência histórica e por sua experiência em si, não há como o intérprete do texto fugir disso. Essa é a tradição de Gadamer, que é diferente do historicismo de outrora. Arremata-se:

³ A título de clarificação, Ronald Dworkin proferiu uma palestra, em outubro de 2009, na Biblioteca do Congresso norte-americano, propondo uma teoria geral da interpretação: “Dworkin suggested that interpretation is a collective activity; interpreters in their search for truth interpret laws, documents, works of art or periods of history based on their understanding of what the value of interpretation should be in their field. Of lawyers considering possible interpretations, he said, ‘We read, we puzzle, we puzzle again, and then we come to a judgment’ about truth.” (JOHNSON, 2009): “Dworkin sugeriu que a interpretação é uma atividade coletiva: intérpretes nas suas procuras por verdade interpretam leis, documentos, trabalhos de arte ou períodos históricos baseando-se em seus entendimentos do que o valor da interpretação poderia ser em seus campos. Sobre advogados considerando possíveis interpretações, ele disse: ‘Nós lemos, nós formulamos problemas e, então, nós chegamos a um julgamento’ sobre a verdade” (tradução nossa).

“Quando se nega a história efetual na ingenuidade da fé metodológica, o resultado pode até ser uma deformação do conhecimento” (GADAMER, 1999, p. 450).

Isto é: essa é a tradição contra a qual o ativismo judicial milita, criando uma espécie de confusão institucionalizada⁴.

O estudo desse item filosófico é importante porque, no contexto brasileiro, sua exemplificação é vazia. É bem verdade que o Brasil não apresenta mito fundador, nem pedra angular em sua História. Eis que “o mito tem o poder da fundação: marca as origens, um passado que não se modifica, se conserva no presente e o justifica. A matriz de nosso mito fundador está na concepção teológico-política do poder” (SILVA, 2000).

Chauí, entretanto, discorda e elenca:

Vivemos na presença difusa de uma narrativa da origem. Essa narrativa, embora elaborada no período da conquista, não cessa de se repetir porque opera como nosso mito fundador. Mito no sentido antropológico: solução imaginária para tensões, conflitos e contradições que não encontram caminhos para serem resolvidos na realidade. Mito na acepção psicanalítica: impulso à repetição por impossibilidade de simbolização e, sobretudo, como bloqueio à passagem à realidade. Mito fundador porque, à maneira de toda "fondatio", impõe um vínculo interno com o passado como origem, isto é, com um passado que não cessa, que não permite o trabalho da diferença temporal e que se conserva como perenemente presente. Um mito fundador é aquele que não cessa de encontrar novos meios para exprimir-se, novas linguagens, novos valores e ideias, de tal modo que, quanto mais parece ser outra coisa, tanto mais é a repetição de si mesmo. Pelas circunstâncias históricas de sua construção inicial, nosso mito fundador é elaborado segundo a matriz teológico-política, e nele quatro constituintes principais se combinam e se entrecruzam, determinando não só a imagem que possuímos do país, mas também nossa relação com a história e a política. O primeiro constituinte, para usarmos ainda uma vez a expressão de Sérgio Buarque de Holanda, é a "visão do paraíso"; o segundo é oferecido pela história teológica, elaborada pela ortodoxia cristã, isto é, a perspectiva providencialista da história; o terceiro provém da história teológica profética cristã, ou seja, do milenarismo de Joaquim di Fiori; e o quarto é proveniente da elaboração jurídico-teocrática da figura do governante como "rei pela graça de Deus". (CHAUÍ, 2000)

⁴ Sobre a confusão institucionalizada: “E tal confusão é tão ruim assim? Sim, é uma catástrofe. Isso porque a confusão não se encerra em pessoas confusas que procuram humilde e pacientemente desfazer seus enganos (isso nem é confusão, é busca), ou mesmo escolhem conviver numa boa com sua confusão sem usá-la pra sustentar posições. A confusão se torna antes uma arma, uma preparadora de terreno pra ação de toda sorte de pilantras, mal intencionados consciente ou inconscientemente. Ou você acredita que quando aquele rapaz disse 'Alguém nos ajude, Lázaro, a entender' ele estava mesmo humildemente esperando o Lázaro explicar algo pra ele? A confusão institucionalizada faz mais do que desvirtuar um potencial jovem bem intencionado, ela deixa o terreno pronto pra arrogância juvenil (de todas as idades, não só de adolescentes de rg mesmo) e pro desenvolvimento da grande pérola da maldade, do supremo filho do ódio à Beleza: a covardia” (MOLINA, 2014).

Muito embora se tente vender a ideia de que se tem, na História brasileira, a existência de um imaginário digno de mito ou uma pedra angular sobre a qual se assentou a consciência nacional – o país é uma colcha de retalhos ideológica, diga-se – no campo jurídico, pelo menos, a ideia de tradição não é estável. Importando ideais estrangeiros como a jurisprudência dos valores alemã, o positivismo tacanho e uma idealização errônea do que é o pós-positivismo, não se consegue chegar a um consenso que seria a pedra angular filosófica do Brasil, uma tradição.

Por derradeiro, resta como vítima do ativismo a integridade de todo o ordenamento jurídico.

Quanto à noção de integridade, é necessário apresentar as palavras de Dworkin (2007):

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. (DWORKIN, 2007, p. 100)

A integridade possui dois desdobramentos: é um comando direcionado aos legisladores, os quais devem criar um conjunto de leis que sejam, ao máximo possível, coerentes moralmente; ao juiz, comanda que suas decisões sejam sempre pautadas em princípios (nunca em política) e que, acima de tudo, observe o Direito como um todo, que seja um verdadeiro empecilho a interpretações arbitrárias e decisionismos diversos (STRECK, 2015).

Eis que surge outro elemento: existe, outrossim, a coerência, que tem sua razão de existir no tratamento equânime que os casos devem ter quando são submetidos à apreciação por parte do Poder Judiciário.

O ativismo judicial milita contra todos esses institutos já trabalhados: a democracia, a Tradição gadameriana e a integridade do Direito como vista em Dworkin.

Entretanto, com vistas à preservação desses “critérios de identificação”, é bom alvitre conceituar o objeto-tema deste capítulo: o ativismo judicial.

É possível, desde já, conceber que este é construção advinda e própria das Constituições pós-Segunda Guerra Mundial. Conforme assevera Streck (2014, p. 31), esse é

um problema oriundo do “surgimento das constituições dirigentes, do aumento da litigiosidade nas sociedades contemporâneas e da crise da democracia”.

Em última instância, o ativismo judicial toma lugar “quando há o desejo do juiz de promover a mudança social ou travá-la” (GARAPON, 1996 apud STRECK, 2014).

Acerca do ativismo judicial, é possível consignar, com segurança, que ele trata de um agigantamento do Poder Judiciário em face dos outros poderes da República, quando cuida de atos dos quais não cumpre a ele, *solitariamente* (e aí está a grande diferenciação), cuidar. Enfim, ele ocorre, de maneira mais evidente, quando o Direito e a Política se confundem. Noutras palavras, quando o Direito é contaminado por discursos de ordem ideológica, e quando as decisões são tratadas como ordem finalística (ou seja, quando os julgamentos não partem de princípios), o caminho é feito para o surgimento e para a instalação do ativismo judicial.

Müller (2003, p. 11), ao tratar da aparente imbricação entre Direito e Política, pontua que “Direito constitucional é o direito do político. Insistir nisso não tem relação nenhuma com o ‘decisionismo’”.

É o que se aponta que o Direito Constitucional, em si, não deixa de ser uma teoria política também. Percebe-se que uma teoria assim dita política também mexe com o próprio conceito de Poder (uma das preocupações por natureza da Política, por assim dizer), de forma que se preocupa com o que é decidir e implementar o que se tomou como decisão de acordo com uma competência pré-estabelecida e, de maneira mais importante ainda, constitucionalmente organizada e corroborada.

O imaginário jurídico e político da Europa após a Segunda Guerra Mundial consistia em acreditar (num exercício de convencimento) que a tarefa realizada pelos Tribunais constitucionais (bem como a jurisdição constitucional como instituto jurídico) é uma tarefa política. Talvez somente política, o que colocaria em xeque a separação um tanto quanto sagrada entre os entes. Os Tribunais, bem como o próprio controle de constitucionalidade difuso, teriam um determinado poder de polícia. Tem-se nos exemplos das Cortes da Alemanha, Áustria, Espanha e Itália exatamente isso. Partindo desse pressuposto teórico (segundo o qual a jurisdição constitucional perfaz uma atividade política), tudo isso, entretanto, não pode significar que não se estaria jogando dentro das regras do Estado Democrático de Direito (LIMA, 2003).

No caso do Brasil, devem ser levadas em consideração as particularidades do nosso imaginário como nação – o arcabouço histórico como instituição. É nesse ponto que surge um questionamento inicial sobre o ativismo nos Tribunais afora: tem-se que as complexidades

sociais decorrentes de uma Constituição garantista demandam que um papel maior desses mesmos Tribunais, sendo deles a tarefa de fazer nascer efetividade do texto como um todo. Portanto, nesse aspecto e para essa visão, haveria crescente necessidade de se verificar o aumento de número de intérpretes constitucionais, o que existiria através do controle de constitucionalidade difuso em exercício no Brasil atualmente (LIMA, 2003).

Em sentido contrário, entretanto, milita Konrad Hesse ao afirmar que, a Constituição em si expressa uma ideia de poder (uma espécie de força motriz que é própria a si), “motivadora e ordenadora da vida do Estado” (HESSE, 1991). É que pensar assim leva ao esvaziamento do próprio significado científico de, por exemplo, uma Teoria Geral do Estado que é, quase que de maneira abrupta, substituída por uma Teoria do Constitucionalismo.⁵

Tal assertiva ajuda a entender a pertinente questão existente sobre o ativismo judicial. Não se pretende, aqui, realizar uma cisão entre Direito e Política. Conforme bem acentuado acima, existe uma determinada autonomia relativa entre os dois entes. É possível falar de uma relação desta espécie sem mencionar o ativismo judicial. Lendo essas definições sob a melhor luz, é possível dizer que a Política é condição de possibilidade do Direito. Os problemas começam a surgir, e a crise começa a ser deflagrada, quando a Política (leiam-se, aqui, ainda, “argumentos finalísticos”) se torna uma espécie de “correção” do Direito posto, bem como, em outro grau, da Constituição. Dessa maneira, leituras meramente políticas – não do que fala Müller (2003), que é contra o decisionismo – do Direito sempre são marca do ativismo judicial e, invariavelmente, estão atreladas ao decisionismo e ao solipsismo.

Direito, outrossim, não é o mesmo que Política, mesmo quando passa por ela, visto que, conforme tratado em Dworkin (2007), existe diferenciação entre os conceitos de *politics* e *principles*, atos e campos que competem, respectivamente, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, ressalvado os casos em que seja observada inconstitucionalidade.

Isto é, o juízo que o Poder Legislativo exerce sobre a edição de leis e ao Executivo, quando a este último couber a edição de demais atos normativos, é estritamente político (o que não exclui a legitimidade constitucional).

⁵ Uma crítica que é possível ser feita, mesmo que de maneira sumária, diz respeito ao ensino jurídico e à Política: uma postura procedimentalista em relação à Constituição pode levar alguns a concluir que o ensino jurídico, quando não sempre, traveste-se de Teoria do Estado e de Teoria Política. Decisões judiciais são tidas como o Direito em si, numa espécie de referência (bem como reverência) ao realismo jurídico e ao Poder Judiciário em sua totalidade. É que, assim, o Direito passa a ser visto como um braço do Judiciário e nada mais, e as decisões são vistas como política. Isto é, primeiro se decide e depois se verifica como aquela decisão emanada de um determinado Juízo se encaixa num viés político já anteriormente determinado.

O ponto nevrálgico, portanto, no que se concerne ao ativismo judicial (ainda, do vício que acomete as decisões jurídicas) se refere à diferenciação entre Direito e Política. No que tange às decisões judiciais, o Direito apresenta um caráter dialético. Pode-se dizer que porque não se pode submeter os dois conceitos não podem ser equiparados, já que não se pode submeter a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Entretanto, tenha-se como cediço que, ainda assim, o Direito precisa, necessariamente, ser visto como criação política, visto que é um conceito interpretativo que emana das instituições jurídicas, bem como das políticas vistas em sentido estrito (Executivo e Legislativo). Neste sentido, o Direito é Política ao passo que:

(i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua *subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula*. (BARROSO, 2011, p. 275)

A postura de Barroso pode ser clarificada da seguinte forma:

1. Direito e política são coisas diferentes. Essa distinção tem sido considerada essencial no Estado constitucional democrático. Na *política*, vigoram a **soberania popular** e o **princípio majoritário**. O domínio da vontade, da vontade da maioria. No *direito* vigoram o **primado da lei** (o Estado de direito) e o **respeito aos direitos fundamentais**. O domínio da razão, da razão pública.
2. Cabe à Constituição fazer a interface entre o direito e a política, instituindo os Poderes e demarcando os espaços de cada um: a quem cabe legislar, administrar e julgar. Idealmente, juízes e tribunais são preservados da política por regras que asseguram sua independência e por sua vinculação ao direito, um mundo de normas, precedentes e conceitos preexistentes.
3. O direito, portanto, deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Para bem e para mal, por muitas razões, esta autonomia será apenas relativa. No mundo real, a linha divisória nem sempre é nítida e certamente não é fixa. Este é o objeto da nossa conversa de hoje. (BARROSO, 2015)

Desta forma, torna-se cediça a noção de que o ativismo judicial não é o mesmo que a judicialização, sendo esta última, até certo ponto, positiva, dado que ela significa a busca da efetivação de direitos constitucionalmente garantidos e que estejam sendo violados, por meio da jurisdição constitucional, seja ela de caráter concentrado ou difuso.

Entretanto, quais seriam os critérios objetivos para dizer que o Poder Judiciário estaria, efetivamente, tomando lugar do Executivo e, de maneira mais gravosa, papel de

legislar do Poder (ou função, como se queira) Legislativo. Ainda, de formar a criar efetivamente política?

Dois embates se formam no campo do constitucionalismo e no campo de discussão entre Direito e Política: as posturas procedimentalista (ou processual) e a substantiva.

A postura procedimentalista diz que a Constituição (a lei, o Direito encarnado de acordo com determinada definição) representa um papel meramente formal em relação ao Estado e à Política como um todo. Essa postura tem frutos na lavratura, por exemplo, de um *Bill of Rights*, um conjunto de garantias e direitos que se voltam contra o poder desmedido do Estado, o qual, inexoravelmente, precisa ser detido.

A postura procedimentalista apresenta seus limites de forma que:

A não ser que se caia em uma incoerência, diz Castoriadis, a concepção processual é obrigada a introduzir sub-repticiamente, ou a desembocar, ao mesmo tempo e pelo menos, na constituição de dois juízos de substância e de fato: a) as instituições efetivas, determinadas, da sociedade, tais como se apresentam, são compatíveis com o funcionamento de processos “verdadeiramente” democráticos; b) os indivíduos, tais como são fabricados por essa sociedade, podem fazer funcionar esses processos, estabelecidos de acordo com o seu espírito, e podem defendê-los. (STRECK, 2014, p. 154)

O procedimentalismo, como forma de interpretação da Constituição, milita que na leitura da Carta não existem grandes valorações a serem feitas. Dessa forma, ela não possuiria grandes matizes ideológicos, propósitos que poderiam projetar-se para fora dos ideais ou do que se imaginaria que uma Constituição poderia fazer além de ser mero marco regulamentador, assim como era feito com as Constituições das Repúblicas antes da Segunda Guerra Mundial. Nesses termos, as Cartas endereçadas aos povos não possuiriam predisposição à defesa do humano a não ser quando estaria sendo *prejudicado* pelo Estado. O que estaria em jogo seriam procedimentos formais que dizem respeito à composição e organização do Estado e da sociedade.

Habermas entende, entretanto, que o próprio procedimentalismo apresenta contradições internas em seu sistema:

[...] o direito procedimentalista depende de uma fundamentação moral de princípios, e vice-versa, não é mera suposição sem fundamentos. A legalidade só pode produzir legitimidade na medida em que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica permeáveis a discursos morais [...]. Os procedimentos oferecidos pelas teorias da justiça para explicar como é possível julgar algo sob o ponto de vista moral só têm em comum, o fato de que a racionalidade dos procedimentos deve garantir a ‘validade’ dos resultados obtidos conforme o

processo. (HABERMAS apud LOPES RAMIRO; MARTIM HERRARA, 2012)

Em alto contraste com o relatado anteriormente, a postura substantiva postula que o Direito tem autonomia suficientemente alta para se engendrar e intervir, profundamente, na organização substantiva da sociedade como um todo.

O substancialismo pode ser tido como um:

contraponto ao procedimentalismo, ao menos em uma leitura de contraposição de teses. A questão não é nova. Na verdade, é no Brasil que ela ingressa tardiamente, em face do tardio “constitucionalismo brasileiro”, iniciado décadas depois dos principais constitucionalismos europeus do segundo pós-guerra. Um dos primeiros juristas que se dedicou ao problema foi Cappelletti, que sempre sustentou que o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos de meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas de direito no processo judicial. Embora classificável como defensor de uma posição liberal-contratualista, Dworkin se aproxima, em alguns pontos, dessa posição, entendendo que a criação jurisprudencial do direito também encontraria o seu fundamento na primazia da Constituição. (STRECK, 2014, p. 337)

É essa que parece a postura mais correta diante do contexto do Estado Democrático de Direito – a que confere à Constituição, efetivamente, o poder de *constituir*, seja de forma dirigente ou de qualquer outra forma que lhe couber.

Entretanto, justamente por ser o entendimento que corrobora que o sistema jurídico tem impacto substancial na coletividade, e que a Constituição possui uma carga valorativa que deve ser protegida pelas instituições, é essa a postura que contribui, de maneira descabida, para o fomento do ativismo judicial – ocasião em que se usurpa distribuições de poder constitucionalmente estabelecidas, direcionando os polos das decisões políticas e legislativas a outros órgãos que não aqueles – ou seja, direcionam a concentração do Poder ao Judiciário de maneira seletiva.

O ministro do Supremo Tribunal Luís Roberto Barroso defende a adoção da tese substantiva, tendo postura mais favorável ao que ele diferencia entre ativismo judicial e judicialização.

Em palestra ministrada, em 2015, na Universidade de Nova Iorque, Barroso assentou que:

Por fim, em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista. Vale dizer: devem promover, em nome de valores racionais, certos avanços

civilizatórios e empurrar a história. São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população. 23. Ainda assim, são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos. Situa-se nessa categoria a decisão da Suprema Corte americana em *Brown v. Board of Education*, deslegitimando a discriminação racial nas escolas públicas, e a da Corte Constitucional da África do Sul proibindo a pena de morte. No Brasil, foi este o caso do julgado do Supremo Tribunal Federal que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento de pessoas do mesmo sexo. (BARROSO, 2015)

Essa é uma confissão de ativismo judicial. Entretanto, há quem defenda que o ativismo importado, muito oportunamente, da experiência norte-americana do *judicial review* tenha suas particularidades que devem ser implementadas em terras brasileiras. Entretanto, a discussão norte-americana possui mais de duzentos anos. Por lá, é plenamente possível falar em uma Tradição no sentido gadameriano do termo em que seja possível discutir as posturas originalistas e mutantes (tida como também a tese da “Constituição viva” ou da *living Constitution*) da Constituição de uma República⁶.

Há quem diga, outrossim, que o fato de não haver consenso sobre o significado do termo “ativismo” seja um empecilho em si para o seu estudo:

Desde que começaram a ser utilizados, os termos "ativismo" e "contenção judicial" foram postos em questão. Kmiec examinou os critérios que definem o ativismo judicial: a tendência à invalidação de atos governamentais por inconstitucionalidade; o não respeito aos precedentes; a produção de normas pelo Judiciário; o afastamento de métodos de interpretação aceitos e a tomada de decisão orientada para os resultados. Ele concluiu que não é possível determinar esses critérios de modo unívoco porque a acusação de ativismo judicial significaria pouco ou nada, já que o termo tem sentidos distintos e contraditórios. Os juízes raramente adotavam as máximas de forma consistente, seria possível identificar os dois atributos em um único voto de um juiz, em vários votos do mesmo juiz ao longo de sua carreira, ou classificar um mesmo voto de modos opostos.

Outros autores concluíram pela rejeição do próprio problema, pois ele é posto com o objetivo de avaliar a atuação da Suprema Corte, concentra-se em decisões individuais, com análises de curta duração, e visa, quando

⁶ É o caso de se concluir que é possível ser originalista ou, ainda, acreditar numa *living Constitution* quando se trabalha com a interpretação de um texto de mais de duzentos anos. Nessa hipótese, é plenamente possível debater sobre qual deve ser a melhor leitura de, por exemplo, do art. 3^a da Constituição norte-americana (“There will be a Supreme Court”), tendo em mente que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América passou quase que metade de sua existência institucional exercitando e desbravando suas competências e atribuições. Coisa diferente é o caso brasileiro: não é possível ser originalista com um texto que não completa, nem mesmo completamente, duas quadras da história e cujo texto é diuturnamente desrespeitado e desregulamentado.

muito, construir explicações das decisões judiciais baseadas em opiniões e comportamentos. Baseia-se numa compreensão inadequada e simplificada da dinâmica da democracia norte-americana. A contenção judicial seria uma fantasia, pois supõe uma resposta única para os casos, por uma espécie de aplicação direta da Constituição. Mas os casos significativos e controversos não têm tal resposta, pois não há consenso nem a respeito de quais serão as bases a partir das quais o debate poderá ser colocado. Green valoriza a função crítica dos debates cotidianos sobre o tema, o que seria sinal de uma atividade coletiva e constante de reflexão sobre o Judiciário. (KOERNER, 2013)

No Brasil, há quem diga, também, que o Supremo Tribunal Federal não realiza ativismo judicial – apesar da mencionada confissão explícita do ministro Barroso alhures (POGREBINSCHI, 2012).

Os argumentos seriam os mais variados: o Supremo Tribunal Federal acabaria, na verdade, referendando, em sua maioria, as leis e atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo; o STF obrigaria o Legislativo a legislar sobre determinadas matérias; mencionasse que o Tribunal Constitucional não possui posição ideológica estável; a utilização de recursos interpretativos e de controle de constitucionalidade como a “interpretação conforme a Constituição” e a nulidade parcial sem redução de texto revelaria que o Supremo Tribunal (bem como o Judiciário como um todo, já que a interpretação “conforme a Constituição” não equivale a declaração de inconstitucionalidade em sede concentrada⁷) respeita os textos promulgados pelo Congresso Nacional.

Porém, essa é uma leitura demasiadamente simplista da postura do Supremo Tribunal Federal. A mera menção à propositura e conseqüentemente julgamento (seja pelo deferimento ou indeferimento dos pedidos) de ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade e ADPFs – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não deve servir de termômetro – pelo menos não solitariamente – para o grau de ativismo a ser percebido no Supremo Tribunal Federal e no Poder Judiciário como um todo.

Esquece-se do controle difuso de constitucionalidade e da adoção da técnica da interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) importada do ordenamento jurídico alemão e da jurisprudência dos valores.

Outra questão que deve ser levantada é que a quantificação de resultados nem sempre pode levar às melhores interpretações – a mencionada *one right answer* (DWORKIN, 2011). Isso significa que o ativismo não pode ser somente levado em conta através do número de ADIs ou número de declarações de inconstitucionalidade em controle difuso que se

⁷ Tanto é que a ela não é oponível a cláusula de reserva de plenário contida no art. 97 da Constituição Federal, como sustentado por Abboud (2016) e Streck (2014).

espalham por todo o território brasileiro. São casos especiais que merecem estudo e que revelam, sim, uma postura ativista e prejudicial à democracia – já que usurpam atribuições do Poder Legislativo e verdadeiramente furtam do povo sua vontade geral e representatividade, entendida aqui agora na concepção clássica do termo.

Rememore-se, para tanto, mais um dos conceitos de ativismo judicial: ele ocorre quando há “a tendência à invalidação de atos governamentais por inconstitucionalidade; o não respeito aos precedentes; a produção de normas pelo Judiciário; o afastamento de métodos de interpretação aceitos e a tomada de decisão orientada para os resultados” (KOERNER, 2013).

Primeiro, que se leve em conta a Rcl – Reclamação nº 4335-4. Proposta depois do julgamento do HC 82.959, a apreciação do reclame constitucional acabou recaindo sobre os efeitos da decisão naquele *habeas corpus*. Os efeitos seriam *inter partes* ou *erga omnes*, de maneira a ser oponível portanto a todos?

Isso, claramente, resplandeceu na interpretação do art. 52, X, da Constituição Federal, o qual ordena que as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade sejam encaminhadas ao Senado Federal para que este último órgão, num juízo puro de discricionariedade não vinculada, retire ou não a vigência da norma combatida por meio da lavratura de uma Resolução.

No julgamento do Rcl 4335-4, o efeito *ultra partes* foi concedido por decisões esparsas nos autos do HC mencionado. Em outras palavras: votos do Supremo Tribunal Federal negaram vigência, expressamente, ao art. 52, X, da Constituição. O Supremo Tribunal Federal se fez substituir pelo Poder Constituinte Originário (já que se trata de norma inserida originariamente no corpo textual de 1988) e também sua decisão equivale à força de uma emenda constitucional (PEDRON, 2012).

Outro exemplo da noção de que se tem de ativismo judicial presente no Brasil foi o julgamento da ADPF 178, referente ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Em verdade, o que se requereu foi a interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil. Entretanto, o próprio art. 226, § 3º da Constituição estipula a proteção da união entre o homem e a mulher (STRECK, 2014). Não há omissão da Constituição quanto a esse tema. O ponto fulcral desse julgamento foi que a Corte Constitucional lançou mão da teoria da mutação constitucional – da mesma forma que lançou mão dessa teoria para explicar suas decisões no bojo da Reclamação nº 4335-4 – nesse caso,

quando que, para realizar tal julgamento, poderia ter utilizado a jurisdição constitucional de maneira mais intelectualmente honesta⁸.

De maneira mais recente, é de bom alvitre trazer à baila o recente entendimento do Supremo Tribunal quanto ao início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da decisão final condenatória. Em fevereiro de 2016, em descumprimento ao comando do art. 5º, LVII, da Carta da República, o Pleno do STF entendeu pelo *overruling* do entendimento que datava desde 2010:

O Supremo Tribunal Federal decidiu nesta quarta-feira (17/2) mudar sua jurisprudência e passar a permitir que, depois de decisões de segundo grau que confirmem condenações criminais, a pena de prisão já seja executada. Com isso, o Plenário volta à jurisprudência vigente até 2010 — data em que o tribunal decidiu que a Constituição é literal ao dizer, no inciso LVII do artigo 5º, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A decisão se deu por maioria de sete votos a quatro. O Pleno seguiu o voto do ministro Teori Zavascki, para quem, depois da confirmação de uma condenação por um tribunal de segunda instância, a pena já pode ser executada, já que a fase de análise de provas e de materialidade se esgota. Ao Superior Tribunal de Justiça e ao STF, anotou Teori, cabe apenas as discussões de direito. Por isso, disse o ministro, o princípio da presunção de inocência permite que o recurso seja imposto já durante o cumprimento da pena. (CANÁRIO, 2016)

Estão presentes nessa decisão sobre o início do cumprimento da pena aquelas características do ativismo.

Há o não respeito aos precedentes. Não se quer dizer, aqui, obviamente, que se deve ter uma espécie de fé cega em relação a eles (o que alguns interpretam no art. 926 do Novo Código de Processo Civil, objeto deste trabalho). É que para que seja realizada um verdadeiro *overruling*, uma verdadeira virada de jurisprudência, deve ficar demonstrada a necessidade dessa virada de postura jurisprudencial perante a história (bem como, digamos, a tradição) da Corte Constitucional. Deve-se demonstrar a necessidade. E essa necessidade não deve ser

⁸ Muito embora tal não seja o objeto precípuo deste estudo, é preciso justificar o presente desdém à ideia de mutação constitucional trazida pelo Supremo Tribunal Federal. É que nem mesmo o STF tem posição mansa sobre o que vem a ser a mutação constitucional. Para o Ministro Carlos Britto, no julgamento do AGR RE nº 450.504-5/MG, “discutindo um caso que tinha por objeto a solução de um conflito de competência entre a Justiça do Trabalho e a Justiça Comum para causas que versavam sobre matéria acidentária, afirmou proceder a uma mutação constitucional fixando a competência para o judiciário trabalhista” (PEDRON, 2012, p. 55). Noutro giro, o Ministro Eros Grau e o Ministro Gilmar Mendes, nos autos da Reclamação nº 4335-4/AC, ora entendem pela mudança da norma extraída do texto, ora entendem pela mudança do texto constitucional em si. Entretanto, como defendido por Pedron (2012), a doutrina da mutação constitucional tem raízes predominantemente alemãs (vide, para tanto, Laband e Jellinek), sendo uma ponte que intermedia o positivismo e o pós-positivismo.

confundida com clamor político ou clamor das ruas. Tenha-se em mente que a Constituição é o remédio contra maiorias eventuais. Nada foi demonstrado nesse caso que autoriza, fundamentalmente, a virada de jurisprudência – assim como, no ativismo, há atropelamento de jurisprudência sem maiores explicações ou fundamentação. E quando ela existe, ela é pífia.

No caso do HC 126.292, que tratou da execução da pena antes do trânsito em julgado, a fundamentação que prevaleceu foi que o Novo Código de Processo Civil unificou o trâmite dos processos cíveis e criminais no âmbito dos Tribunais Superiores, STJ e STF. Com isso, os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo. Essa foi a razão pela qual o Supremo Tribunal entendeu, em sua maioria, pela execução da pena após a decisão de segundo grau. Eis exemplo ausência de fundamentação idônea, já que o Tribunal realizou, de maneira a tergiversar a discussão, interpretação da Constituição através do Novo Código de Processo Civil. E não o contrário, como seria de se esperar do Supremo Tribunal Federal.

Da mesma forma, existe a produção de norma pelo Poder Judiciário. Na votação do HC, o ministro Gilmar Mendes dissertou que:

O que estou colocando é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem constitucional, mas suscetível de ser conformado, tendo em vista inclusive as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. (BRASIL, 2016)

Já o ministro Luiz Fux representou a própria troca do Direito por um utilitarismo tacanho – uma jurisprudência que se vende a resultados: “Quando uma interpretação constitucional não encontra eco no tecido social, quando a sociedade não a aceita, ela fica disfuncional. É fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência social”. (BRASIL, 2016).

O resultado, nesse caso, seria o atendimento ao clamor social.

Foi o ministro Marco Aurélio o responsável por demonstrar o grau de ativismo que permeou aquela discussão. Em sua fala, naquela oportunidade, reconheceu que o país passa por um momento de crise institucional. Entretanto, ressaltou que é justamente nesse período de teste da democracia que se faz necessária a presença de mecanismos de pressão contra maiorias eventuais – isto é, a existência da figura da Constituição em si. Em sua fala, também destacou a noção de integridade do Direito, bem como a harmonia do ordenamento jurídico como um todo – disse, utilizando-se de uma fala ainda deveras positivista, que é necessário evitar sobressaltos na sociedade brasileira. Eis aí um apreço reconhecido à velha figura da segurança jurídica, um conceito que serve como uma faca de dois gumes: a segurança jurídica pode ser vista (muito bem vista, diga-se) como um braço da integridade de Dworkin e, ao

mesmo tempo, como um reconhecimento de ativismo⁹. Como o ministro sustentou, em seis anos, o Supremo Tribunal Federal alterou, diametralmente, sua posição ao proferir decisão que, em verdade, significou mudanças em políticas criminais (BRASIL, 2016). Em tempo: o Tribunal realizou política criminal.

Aqui é importante realizar uma digressão. No voto do Ministro Luís Roberto Barroso, ele o faz mediante uma tripartição: divide o texto na Parte I, em que realiza o delineamento de uma controvérsia; na Parte II, apresenta os “fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau” (BRASIL, 2016). Por derradeiro, a Parte III “expõe os fundamentos pragmáticos para o novo entendimento” (BRASIL, 2016). Na segunda parte, institui, como dito, razões que considera jurídicas para a possibilidade de execução provisória da pena. É na terceira parte do voto que é necessário esclarecer melhor a argumentação fornecida pelo Ministro.

O Ministro divide o terceiro voto de seu entendimento no HC 126.292 ainda em mais três instâncias: o voto menciona (i) o equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) diminuição de seletividade do sistema criminal e, por fim, (iii) quebra do paradigma de impunidade. Nesse último ponto em específico, é interessante analisar a argumentação de perto:

Por fim, a mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade. Como já se afirmou, no sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. Ainda, iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao sistema processual penal¹⁰ (BRASIL, 2016).

⁹ A fala do Ministro Marco Aurélio, mesmo tendo em mente que ele prolatou voto vencido naquela oportunidade, apesar do tom ortodoxo na leitura da Constituição (em assim sendo, na visão do presente trabalho, a leitura hermenêutica e *constitucionalmente correta* do texto da Carta), representa ainda uma leitura ativista. É que ao reconhecer a necessidade da manutenção da segurança jurídica -- um conceito extremamente indeterminado e, pela mesma razão, positivista -- ele afirmou a capacidade, mesmo que implícita e subconscientemente, que o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, tem de realizar qualquer leitura da Carta Política que o mesmíssimo Tribunal lhe aprazer.

¹⁰ Obviamente, este trabalho não cuida de uma análise extremamente detida dos votos do HC 126.292 em sua plenitude -- ocupando-se de comentar, na verdade, os aspectos que traduzem neles o ativismo

Barroso, assim, assenta seu entendimento enumerando itens estritamente extrajurídicos. Em parte, porque acredita que na hipótese do julgamento do HC 126.292 permite a invocação da doutrina da mutação constitucional, mormente em relação ao artigo quinto da Constituição da República. O Ministro chega a asseverar que:

É pertinente aqui uma brevíssima digressão doutrinária acerca do tema da mutação constitucional. Trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que opere qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado (BRASIL, 2016).

Existem controvérsias quanto à seriedade da teoria da mutação constitucional no imaginário jurídico brasileiro. Pedron (2012, p. 02) adota como tese que:

[...] a mutação constitucional representa uma saída realista, incapaz de assumir uma compreensão hermeneuticamente adequada do direito contemporâneo, pois ainda reduz norma a texto e não consegue compreender o papel dos princípios jurídicos como normas, já que ainda compreende o direito a um mero conjunto de regras (PEDRON, 2012, p. 02).

Eis que, nesses termos, a adoção da ideia de mutação constitucional como acontecimento verídico e viável como forma de interpretação constitucional, tem-se que é apresentado um paradoxo:

sob o argumento de que fatos e forças sociais pressionam o direito para uma mudança, a Constituição, para conservar sua normatividade e sua legitimidade, tem que se redirecionar, modificando-se para preservar sua primazia no sistema do direito; mas, com isso, concretiza exatamente o

judicial. Isso resplandece, em última análise, em falar de jurisdição constitucional e as seis hipóteses em que um julgador pode deixar de aplicar uma norma, como visto em Streck (2014) e melhor tratadas em seções posteriores. O que não pode ser deixado de lado é que o acórdão, mormente o voto do Ministro Barroso nessa citação específica, numa discussão aparentemente de legislação infraconstitucional (mas que também lida com principiologia constitucional), parece não perceber que pugna por se adotar uma interpretação em prejuízo ao réu – já que, pragmaticamente, a eficácia do sistema processual penal pretendida por Barroso tem o fim de barrar a impunidade – isto é, condenar-se mais.

inverso, ou seja, a diluição da tensão norma e realidade pela confirmação da superioridade desta última (PEDRON, 2012, p. 02).

É, portanto, perigosa a postura do Supremo Tribunal Federal. Personificando essa periculosidade, cite-se aquilo que o ministro Luís Roberto Barroso disse em Nova Iorque em 2015: o Supremo Tribunal Federal seria o responsável por uma espécie de vanguarda iluminista no país. Seria o órgão responsável pelo impulsionamento do progresso. Isto é, se o Legislativo não estivesse suficientemente comprometido com tais tarefas e agendas, isso seria tarefa do STF.

1.2 A imbricação entre Direito e Política

Eis que a discussão versa, obviamente, sobre Poder, bem como sobre Política. É óbvio, também, que o agigantamento do Poder Judiciário não necessariamente se traduz na minoração do Executivo ou do Judiciário. Trata-se de um desequilíbrio, até porque o Poder, colocado no art. 1º da Constituição da República, não é quantificável nem possui qualificação.

Sobre essa imbricação entre Política e Poder, tem-se que existe forte correlação entre esses termos. O poder, um termo verdadeiramente de grandes multitudes interpretativas, pode ter matizes ideológicas, econômicas ou até mesmo políticas. Do político decorre a exclusividade da possibilidade do Estado utilizar a coação física (quicá moral) quando esta se fizer necessária no caso concreto. O fulcro da política é, enfim, a manutenção da ordem, assegurando, assim, a paz social. Poder, em suma, significa decidir e implementar, de forma a transformar em realidade, decisões que, supostamente, devem ser tomadas em nome e em prol da sociedade como um todo. O ponto fulcral é, desta feita, transformar decisões em realidade. Torná-las, portanto, concretas (PAULA, 2016). Poder é a “possibilidade de ação” (CARVALHO, 1997).

É importante entender que a legitimidade do Poder (em quaisquer das esferas, sejam elas o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário) não decorre somente do sufrágio, do voto. Deve-se obediência ao princípio da supremacia da Constituição, de forma que o Estado Democrático de Direito submete todas as instituições tendo o fito de proteger os direitos fundamentais. A legitimidade que merece mais destaque, assim, não deve decorrer pura e simplesmente do sufrágio, das eleições¹¹:

¹¹ Um exercício desse pensamento de constitucionalidade deve ser feito quando se pensa na prática e, de maneira mais capciosa ainda, por exemplo, em um procedimento de *impeachment* de um Presidente

Ou seja: é o Estado Constitucional, atual Estado Democrático de Direito, previsto nos textos das constituições, que submetem todas as instituições de um país. Desta forma, a CF/88 deve submeter todas as demais instituições, com o propósito de proteção dos direitos fundamentais. Desta forma, a legitimidade mais importante não ocorre simplesmente decorrente do sufrágio, de eleições. Não só. Mas principalmente se submetido ao princípio da constitucionalidade, o princípio da supremacia da Constituição (PAULA, 2016, p. 103).

Dessa forma, o ativismo judicial não é somente prejudicial porque atenta contra os ideais democráticos, contra a tradição (no sentido gadameriano da palavra) e contra a integridade do Direito. Não somente.

Ele é prejudicial porque retira da própria noção de poderio da Constituição sua legitimidade, a forma mais grave de sua violação. Se a Carta da República atribui ao STF a guarda de si própria e ao Judiciário como um todo a aplicação do Direito e a manutenção do ordenamento jurídico (este último que, rememore-se, não envolve somente a lei), a quebra desse pacto leva a uma crise de legitimidade e incerteza político-jurídica.

Repita-se que o ativismo judicial não se mede em números. Seu caráter simbólico (já que impossível quantificá-lo ou apresentá-lo estatisticamente sem que se desvirtue sua natureza) é mais importante e marcante. Isto tem ocorrido, seja na negação de direitos fundamentais na decisão do Supremo Tribunal que autorizou o início do cumprimento de pena após a decisão em segunda instância, a negativa de vigência ao art. 52, X, da CF/88, a interpretação equivocada realizada na ADPF 178 sem que o Supremo Tribunal Federal tenha empregado efetiva jurisdição constitucional.

Essa sensação de incerteza gerada tanto pelo ativismo judicial quanto pelo decisionismo e pelo solipsismo gerou o que se chama de jurisprudência lotérica:

O entendimento do Judiciário acerca de um determinado tema não pode — pelo menos não deve — ser arbitrariamente modificado. Isso privaria o cidadão da necessária segurança jurídica, que, nas palavras de Canotilho, “é a garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e a realização do Direito” (SOUSA, 2015)

da República, mormente o processo que tomou lugar em 2016. Muito tem se discutido sobre a questão da representatividade de um mandato eletivo, vinculando-o tão-somente à noção de elegibilidade e à de eletividade. Entretanto, como visto, somente essa vinculação é insuficiente, já que a Constituição opera sobre o Estado de forma a somente legitimar as atuações dos atores políticos quando seus atos estiverem em conformidade com ela. Outra questão de valia é saber, e o presente trabalho não se ocupa exatamente deste questionamento, se a Suprema Corte de um país tem legitimidade institucional garantida pela Constituição para atuar, de maneira até mesmo intrusiva, nesse procedimento de impedimento de um Presidente. É aqui, na prática, que se verificam as verdadeiras nuances do conceito de ativismo judicial que deve ser acolhido no trabalho.

Eis que o ativismo é, em si, uma forma de decisionismo (em que o julgador decide conforme sua consciência ou seu “livre convencimento motivado”), já que vem dificilmente amparado em lei ou na vontade da Constituição. A jurisprudência lotérica é mero retrato desse fato.

Em conteúdo prático, o ativismo judicial produz efeitos adversos:

O risco desse tipo de ação é que uma intervenção dessa monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial). Desnecessário referir as inúmeras decisões judiciais que obrigam os governos a custear tratamentos médicos experimentais (até mesmo fora do Brasil) (STRECK, 2014, p. 415)

Eis que o ativismo judicial quer fazer progresso com as próprias mãos. Sobre o progresso, Julius Evola assim o despreza:

Não há nada mais absurdo que essa ideia de progresso que, com o seu corolário da superioridade da civilização moderna, criou álibis «positivos» falsificando a história e insinuando nos espíritos mitos deletérios, e proclamando a sua superioridade nas encruzilhadas da ideologia plebeia que, afinal, lhe deu origem. (EVOLA, apud BENOIST, 1981)

Não se milita contra melhorias – tenha-se em mente que o progresso nem sempre se coaduna com avanços perceptíveis.

É que não cabe ao Poder Judiciário realizar esse tipo de juízo de valor quando a Constituição da República não lhe autorizar. Isso é necessário pela manutenção da democracia, da tradição (na concepção de Gadamer do vernáculo) e da integridade do Direito. Sobretudo, essa cautela é importante porque é vinculada, necessariamente, a uma questão de legitimidade. Sem ela, nem faria sentido falar num Poder e nem em República. Nem num Estado Democrático de Direito.

Num contexto maior, o ativismo judicial representa tão somente um degrau nessa crise. Crises, conforme visto, podem ser representadas por uma multitude de fatores. O ativismo, aqui concebido como um agigantamento do ego do Judiciário (tendo em mente que, para esse Poder da República, ele passa a ser a vontade do povo em si), é uma faceta dessa crise.

Eis que, quando o Judiciário atravessa o que lhe é comum – e aqui se deve enfatizar as decisões que retiram vigência de atos normativos democraticamente votados ao não realizar a jurisdição constitucional nas hipóteses autorizadas pela Tradição constitucionalista – cria-se, automaticamente, instabilidade.

Entretanto, é preciso admitir que esse mesmo ativismo que é causa também é consequência última de desgastes institucionais anteriores. É por isso que não se deve negar o fato da ineficiência da vida política brasileira atualmente como um sinal de despertar desse sintoma ativista. A Constituição da República de 1988 agigantou o Estado e realizou política de maneira afirmativa, opondo afirmativamente algo ao cidadão. O papel da jurisdição constitucional foi alçado a outro patamar, já que a figura da Constituição deixou de ser um mero marco regulatório estatal e passou a ser vista como documento instituidor de direitos e garantias fundamentais (STRECK, 2014).

Mesmo assim, esse desenho institucional merece reparos. Trazendo a lume discussão anterior, ao Poder Judiciário não cabe a vanguarda da sociedade, tampouco a ele é autorizado resguardar um papel, diga-se, iluminista, parafraseando o Ministro Barroso em sua supracitada fala em Nova Iorque.

É num nível prático que se deve preocupar com tais questionamentos: crise é sinônimo de instabilidade e o ativismo judicial é a instabilidade no meio judicial em si. Ao quebrar a regra dos três Poderes, a qual serve para resguardar a democracia em última instância, fragiliza-se o próprio Direito. O Direito se torna, tal qual numa postura realista, o que o Judiciário diz que ele é (DWORKIN, 2007).

Aqui calha bem ressaltar que o realismo jurídico é um dos objetivismos que permeiam o imaginário jurídico afora: ele sustenta que o Direito se forma, torna-se Direito (portanto legítimo e executável) quando é proferido pelos órgãos do Poder Judiciário. O Direito, portanto, nessa visão de mundo, não *é*, *torna-se* Direito. Essa é a postura, ainda, ativista por excelência. O Direito não é mais o que é votado democraticamente e o filtrado corretamente por intermédio da jurisdição constitucional. O ativismo representa aquilo julgado e “produzido” por intermédio da fala última do Judiciário (POSNER, 2009).

Desta forma, não existem mais intérpretes que, numa fala conjunta e democrática, participam num espaço público que deve permear o mundo jurídico.

É por isso, também, que falar em crise do Direito, e com tanta certeza epistêmica, causa espanto: num momento em que o foco da República e do Estado como um ente só se desloca em direção ao Poder Judiciário, quase que num enfoque messiânico, não se percebe o seu agigantamento e totalitarismo.

Entretanto, apesar desse enfoque agigantado, o Judiciário ainda permanece sendo aquele responsável, numa análise primeira e última, por aplicar o Direito. Isso não significa que ele se realiza por intermédio, única e exclusivamente, da decisão judicial – isso seria simplificar demais uma possível e eventual teoria jurídica e da legitimidade, passando pela topologia constitucional. É que é nesse momento que a crise se instala: o ativismo judicial, bem como todas as outras causas da crise, retira do Direito (fragilizando-o) sua necessária independência e autonomia. Deve-se ter em mente, assim, que o julgador ativista decide por decisionismos – isto é, decide por critérios antijurídicos, morais e políticos, fora do movimento da Tradição de Gadamer (1999) e do ordenamento jurídico. Fora da democracia portanto. Numa vontade de poder ou, ainda, num ato de vontade, o Direito é enfraquecido e esquecido no meio da crise.

1.3 O ativismo judicial e a busca de uma resposta correta

Conforme visto, o ativismo é um fenômeno de difícil conceituação, verdadeiramente polissêmico, vindo a variar de acordo com a ideologia doutrinária utilizada – principalmente no campo doutrinário brasileiro, em que ele é tido como “bom” ou “ruim” de acordo com o resultado da decisão prolatada.

Entretanto, é possível conceber, com alguma segurança necessária para o fundamento do presente trabalho, a noção de que o ativismo judicial é uma “incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (RAMOS, 2010, p. 117).

É importante ressaltar, após o desenvolvimento teórico realizado até o momento, que o grau de ativismo de uma decisão não parte de um grau zero de sentido - ele surge a partir do caso concreto. Isto é, de sua análise. Isso significa dizer que uma decisão nunca pode ser considerada ativista somente por si só, por seus termos. Partilhando desse entendimento, Abboud (2016, p. 707) sustenta que “é impossível caracterizar uma decisão judicial que utiliza efeito aditivo, que implementa política pública ou, ainda, que anula ato administrativo, como ativista, isto é, sem realizar uma análise conteudística da decisão em si”.

Para efeitos de compreensão desse fenômeno, que, além de tudo dito, pode ser considerado um problema oriundo da Teoria do Direito e da Teoria do Estado, é possível formular uma proposição dualística: o ativismo judicial vive e se alimenta no limiar entre o *judicial restraint*, representado muito bem, dentro do imaginário jurídico americano, pelas construções teóricas do *Justice Scalia* (1989), e o *judicial review*, construção oriunda de uma

leitura histórica do art. 3º da Constituição dos Estados Unidos da América, que nasceu do julgamento do *case* precedente *Marbury vs. Madison* (TUSHNET apud ABOUD, 2016).

É o caso de se dizer, também, que uma resposta estaria na própria Constituição, mormente na aplicação de seu art. 2º, decorrente de sua principiologia.

Se a jurisdição constitucional, na forma do *judicial review* comentado alhures, nasceu por intermédio do controle difuso exercido em *Marbury vs. Madison*, é importante destacar que essa mesma jurisdição constitucional, para fins de combate do ativismo judicial, tem sido revista.

Eis que a noção de supremacia da Constituição, uma conquista eminentemente da democracia e do Estado Democrático de Direito, nem sempre pode ser tida como se fosse a própria supremacia judicial, como as correntes atualmente mais filiadas ao constitucionalismo contemporâneo podem fazer crer. Em sendo assim, uma crítica bem construída em relação ao ativismo judicial – essa exacerbação do exercício da jurisdição constitucional em relação aos demais Poderes da República – constitui, de certa forma, uma grande crítica à própria figura da jurisdição constitucional em abstrato e, também, no caso concreto, o caso sobre o controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. É dizer: questiona-se, através de uma crítica mais radical ao ativismo judicial, a legitimidade de uma Corte constitucional, da leitura pelas teorias constitucionalistas que vieram após a promulgação da Constituição da República de 1988 (BUSTAMANTE, 2016).

Em parágrafos anteriores, foi atestada posição quase que majoritária, a qual assinalou que as questões versando sobre legitimidade e representatividade das decisões tomadas pelos governantes democraticamente eleitos possuem muito a ver com a constitucionalidade dessas medidas – isto é, a adequação formal, material às normas constitucionais claras e, utilizando a terminologia de Alexy (2017), utilitaristas.

Ocorre que, muito embora a dogmática jurídica tenha se inserido num marasmo de “servidão voluntária” (STRECK, 2017) em face dos Tribunais Superiores, aceitando, de certa forma, que o Direito é aquilo que os Tribunais Superiores dizem que ele é (ABOUD, 2016), a ligação, para alguns, entre democracia, supremacia da Constituição e, principalmente, supremacia judicial não parece ser tão clara ou prontamente evidente.

Nesse sentido, Bustamante (2016) não acredita na noção, talvez demasiadamente romântica, de que a legitimidade das decisões *autoritativas* de uma Corte constitucional (ou, ainda, de qualquer decisão judicial que aplique o direito ordinário ou que realize jurisdição constitucional) sejam as mesmas que autorizam o caráter democrático do processo legislativo de uma lei por exemplo. Vindo de lugares de fala distintos, a autoridade moral de uma Corte

Suprema é questionada porque a relação entre democracia e jurisdição constitucional não fica, agora, tão clara assim.

O ativismo judicial, antes de mais nada, tem, portanto, relação com a própria autoridade das cortes constitucionais. É possível construir este raciocínio da seguinte forma:

Uma teoria do ativismo judicial deve caminhar lado a lado, em nossa opinião, com uma teoria da autoridade das cortes constitucionais. Talvez essa seja uma solução possível para a difícil tarefa de se delimitar o próprio conceito de ativismo judicial, que tem despertado intensos debates entre os teóricos constitucionais no cenário contemporâneo.

É ativista toda decisão de uma corte constitucional que não pode ser considerada autoritativa, no sentido político-moral de ser moralmente legítima para decidir a questão que é colocada sob o exame da corte constitucional.

O conceito de legitimidade moral não se confunde, aqui, com o conceito de correção substancial de uma decisão. É moralmente legítima uma entidade ou uma instituição que consegue justificar a sua autoridade para decidir uma determinada questão política, ou o seu direito de realizar um juízo normativo sobre qual ação deve ser adotada, independentemente do erro ou do acerto da decisão no caso concreto (BUSTAMANTE, 2016, p. 368).

A partir da ideia trazida acima - a de que uma decisão judicial ativista encerra, em si mesma, uma questão de legitimidade político-moral do órgão prolator da decisão, geralmente uma Corte constitucional - é possível traçar mais um conceito de ativismo judicial. Pelo menos, *in casu*, um mais específico e que, teoricamente, contrastaria com outro conceito já formulado ao longo deste capítulo.

É que a noção trazida logo acima trata o vício de ativismo judicial - aqui também trabalhada como uma exacerbação do Poder Judiciário em face de outros Poderes da República - numa discussão meramente formal. Não se discutiria, nesse caso, quando se atacasse e interpretasse a *ratio decidendi* (a razão de decidir da decisão judicial) prolatada, o acerto ou erro da decisão - propriamente, o mérito, mas acima, de tudo, o lugar de fala do Judiciário.

Nesse caso, uma decisão seria inconstitucional e arbitrária quando lhe faltasse legitimidade (ou lhe faltasse um lugar competente de fala), e, na significação atribuída acima, quando ela se debruçar sobre um determinado caso realizando, nesse aspecto, um juízo de política (reportando-se, aqui, a diferença entre argumentos de princípios e de política como encontrados em Dworkin) para o qual não existe legitimação para a Corte constitucional. O ativismo se encontra, nesse caso, na “ausência de legitimidade política para decidir” (BUSTAMANTE, 2016, p. 368).

Aparentemente, tais conceitos não poderiam conviver sem que um excluísse o outro mutuamente. Entretanto, tal visão de mundo não seria a melhor aplicável no caso da jurisdição constitucional em terras brasileiras. Por mais que se tenha um conceito que trabalhe o aspecto material da decisão judicial no caso concreto, o seu aspecto formal – atacado por outra visão de ativismo – não significa que um *judicial review* exacerbado, por exemplo, não seja maculado por esses dois vieses.

Eis que o ativismo judicial subsiste tanto quanto um juiz afasta, discricionariamente, a aplicação de uma lei (sem, ao menos, aplicar corretamente jurisdição constitucional) quando faltar ao Judiciário caráter moral e político para prosseguir na tomada de decisões.

De qualquer forma, o ativismo é representado por um “afastamento da legalidade vigente” (ABBOUD, 2016, p. 717) sem que o julgador perceba as seis hipóteses em que pode deixar de aplicar um determinado dispositivo normativo: quando o ato normativo for inconstitucional; quando for possível resolver o conflito de normas mediante os critérios de antinomia; quando for o caso de interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*); quando for o caso de reconhecimento de nulidade sem redução de texto; por derradeiro, quando for o caso de declarar-se inconstitucional mediante a redução de texto, e quando se deixar de aplicar uma lei em face de um princípio (STRECK, 2014).

Uma questão importante subsiste entretanto: por mais que se diga que o ativismo judicial é encontrado quando não há um efetivo e correto emprego da jurisdição constitucional (ou, para alguns, como visto, uma interpretação errônea do princípio da supremacia judicial na Constituição), os seus limites se encontram numa espécie de zona de penumbra. Quando é possível dizer que, em determinadas decisões, houve ativismo ou apenas tão somente o cumprimento de princípios constitucionais?

Como visto, a resposta não é automática; ela está presente no caso concreto, isto é, na *facticidade* do Direito. Um exemplo claro de ativismo judicial, num extremo dos polos, é o caso do julgamento do REsp 1308830¹² pelo Superior Tribunal de Justiça, em que “o interesse

¹² A fundamentação do acórdão considerou, na suscitação de uma questão de ordem, que: “Cuida-se de pedido de desistência formulado pelas partes, não só após a inclusão do processo em pauta, mas na véspera da respectiva sessão de julgamento. O pedido encontra amparo no art. 501 do CPC, que possibilita ao recorrente ‘a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso’. A disposição legal revela com clareza e precisão o direito subjetivo da parte de desistir do recurso interposto sempre que lhe parecer conveniente. Não se pode, entretanto, interpretar o comando legal de forma isolada, atendo-se apenas à sua literalidade e ignorando o contexto em que está inserido. Na hipótese específica dos pedidos de desistência, a faculdade conferida pelo art. 501 do CPC deve guardar coerência com a sistemática recursal vigente, com especial atenção para as funções desempenhadas pelo órgão ao qual é destinado o recurso de que se pretende desistir. Nesse aspecto,

público foi invocado como fundamento normativo para impedir a parte de desistir de seu recurso” (ABBOUD, 2016, p. 724).

Diante do exame dessa decisão, bem como de inúmeras outras, deve-se questionar como o Judiciário pode afastar a legalidade sempre que encontrar, aí, um juízo de conveniência. No exemplo em testilha acima, é possível ter para si que “a legalidade não está à disposição dos Tribunais” (ABBOUD, 2016, p. 727) e que “não existe opção constitucionalmente válida que permita ao Judiciário, sponte sua, optar em aplicar ou não a lei, ao argumento de que assim o faz para preservar o interesse público” (ABBOUD, 2016, p. 727).

Levando em conta o cenário que se tenta evidenciar com estas explanações, o ativismo judicial, que, na maioria das vezes, deságua na desconsideração da legislação vigente (através de um convencimento pessoal exercitado nas decisões) e numa leitura errônea do dever constitucional da separação das funções (bem como, conforme visto, da supremacia judicial), aparece também como uma tentativa desenfreada (e até mesmo bem-intencionada) de superação de um positivismo exegético. Entretanto, como será visto em tópicos específicos do presente trabalho, existem outras saídas que não o ativismo para a solução desse tipo de controvérsia, como será trabalhado, inclusive, no segundo capítulo.

Essa fracassada tentativa de superação de um positivismo leva, somando-se a tudo um descrédito em relação ao Poder Legislativo e ao Executivo, a um agigantamento do Poder Judiciário que, como dito anteriormente, não detém legitimidade para ser palco de todo e qualquer debate político e público.

Abboud (2016) traz uma interessante analogia a respeito dos efeitos do ativismo judicial, especificamente a crença numa juristocracia¹³. Empréstimo a noção do teorema dos dois corpos do rei, segundo o qual este, na Idade Média, teria dois corpos, um natural e outro político, o Supremo Tribunal Federal passa a agir como o rei que governa e é o governo:

não se pode olvidar que o CPC em vigor foi editado em 1973, enquanto o STJ foi criado pela CF/1988, ou seja, 15 anos depois, fruto de um movimento iniciado em 1985, durante período de redemocratização em que ficou clara a necessidade de se impor modificações na estrutura do Poder Judiciário, notadamente com a criação de um órgão de confluência de todas as vertentes jurisdicionais não especializadas, responsável por uniformizar a interpretação da legislação federal em âmbito nacional, baseados nos primados constitucionais e na garantia e defesa do Estado de Direito” (REsp 1308830-RS, rel. Min. Nancy Andrighi) (ABBOUD, 2016, p. 727).

¹³ Aqui cumpre dizer que é interessante comparar a tradição de jurisdição constitucional de países como o Brasil com os de tradição anglo-saxã, como os Estados Unidos da América. Eis que o Brasil tem a competência de seu Supremo Tribunal Federal delimitado, esmiuçadamente, no art. 102 da Constituição Federal, enquanto a Tradição norte-americana teve a tarefa de fixar toda a estrutura do Poder Judiciário a partir de um curto e conciso art. 3º da Constituição de 1776.

passa a acreditar que, além de aplicar a Constituição em última palavra, é a própria Constituição.

Uma leitura desse jaez dos atributos, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça num nível infraconstitucional, revela um caráter realista de postura desses órgãos jurisdicionais. O Direito (infraconstitucional) passa a ser o que o Superior Tribunal de Justiça o considera como sendo. Ao mesmo passo, a Constituição passa a ser o que o Supremo Tribunal diz que ela é. Essa interpretação de mundo e do Direito leva a diversas consequências. Entre elas, pode-se levar em consideração uma leitura equivocada do Novo Código de Processo Civil e seus artigos 926 e 927, tema de estudo mais minucioso no âmbito do terceiro capítulo deste trabalho. Somente a partir do momento em que os Tribunais (e, numa analogia correta, os Juízes em si) não mais se confundirem com aquilo que aplicam, adquirindo o necessário distanciamento e impessoalidade tão caros à democracia, superar-se-á a dicotomia dos dois corpos (ABBOUD, 2016).

É diante desse quadro que uma teoria com vistas a atacar o ativismo judicial também deve prestar-se a oferecer uma *resposta correta* em face da interpretação do que vem a ser a jurisdição constitucional. Como visto, existem pelo menos duas formas de enxergar o ativismo judicial: num nível formal e num nível material. Será atestado o grau de ativismo de um *decisum* no caso concreto, quando ela será verificada num nível substancial, como também quando será verificada a legitimidade política do órgão prolator da decisão para tanto. Uma teoria da decisão judicial deve ser capaz de enfrentar estas questões e oferecer um guia, um tanto quanto pragmático, diga-se, para a aferição do nível de discricionariedade (e, portanto, de ativismo judicial) de decisões prolatadas pelo Judiciário.

Para tanto, serão trabalhados alguns conceitos que serão revistos, depois, com ênfase específica na aplicação do Código de Processo Civil: a noção de integridade do Direito, como visto na jusfilosofia de Ronald Dworkin e a vinculação de decisões (que será visto, como alertado, quando tratar-se do art. 926 e do art. 927 do CPC).

Primeiramente, é necessário dizer que, para Dworkin (1999) e sua filosofia do Direito, não houve preocupação na criação (melhor dizendo, na fundação) de uma espécie de “Teoria do Tudo” que, englobasse, por alguma razão, uma teoria política, uma teoria do Estado, uma teoria das fontes, uma teoria das decisões, entre outras construções teóricas aparentemente relevantes para uma discussão sobre uma Teoria do Direito. Dworkin (1999) via muito mais o Direito como uma prática interpretativa – calcado, assim, numa noção de vida muito mais pragmática do que abstrata.

De plano, isso significa dizer que “todos os procedimentos metodológicos são instalados em função das controvérsias que cada um de nós tem sobre o que seja direito e até onde é legítima a coerção exercida pelo Estado sob o signo do direito” (ABBOUD, 2016, p. 747).

Para tanto, tem-se a noção de integridade, que é aduzida da seguinte forma na obra dworkiana:

Temos dois princípios de integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente neste sentido. Nosso maior interesse é o princípio jurisdicional, mas não ainda. Neste capítulo, sustento que o princípio legislativo faz parte da nossa prática política a tal ponto que nenhuma interpretação competente dessa prática pode ignorá-lo. Avaliamos essa afirmação segundo as duas dimensões que agora nos são familiares. Perguntamos se o pressuposto de que a integridade é um ideal político distinto se adapta a nossa política, e, em segundo lugar, se honra nossa política (DWORKIN, 1999, p. 213).

A divisão da integridade em duas vertentes é necessária: de um ponto de vista, determina que os legisladores devem aprovar leis que se coadunam com o ordenamento jurídico como um tanto – com base nos precedentes, nas leis e na Constituição. Da mesma forma, ordena que os juízes, diante dos casos concretos, sigam essa mesma dinâmica: que observem os precedentes, as leis e Constituição como se fosse um *todo íntegro*. Assim, uma decisão judicial somente poderá ser considerada quando respeitar a “coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade” (ABBOUD, 2016, p. 747).

Dworkin, portanto, é um hermeneuta nos moldes que serão mais bem esboçados no segundo capítulo. Para o jusfilósofo americano, uma decisão judicial pautada em princípios (e não em *política*, como visto na diferenciação formulada anteriormente) deve resplandecer, na sua fundamentação, a totalidade de seus referenciais ao mesmo tempo: a Constituição, as leis e os precedentes (ABBOUD, 2016). Na fundamentação de uma decisão judicial, deve ser possível observar o próprio ordenamento jurídico num caráter caleidoscópico do mesmo.

Partindo desse pressuposto, se é possível determinar o próprio ordenamento jurídico a partir de uma leitura de uma decisão judicial, é razoável dizer que o princípio político da integridade do Direito acrescenta um caráter histórico ao mesmo ao passo que visa a reconstruir a Tradição, no sentido gadameriano do termo, de um povo.

Arrematando:

Isso quer dizer que a atividade coativa do Estado - realizada sob o signo do direito - exige uma resposta a um conjunto coerente de princípios. No caso de necessidade de rompimento com essa cadeia de significados, a necessidade de justificação aumenta ainda mais, e a remissão ao contexto conjuntural dos princípios se faz de maneira ainda mais delicada. Porém, essa modificação adere-se à integridade do direito de modo que sua modificação exigirá o mesmo processo, em um momento subsequente (ABBOUD, 2016, p. 749).

A obra dworkiniana assinala que a obtenção de uma resposta correta diante do caso concreto sempre será possível (DWORKIN, 2007). Isso significa que, diante do caso concreto, existem interpretações que respondem melhor, umas que as outras, as exigências de demandas, vindo a ser constitucionalmente defensáveis enquanto outras não são.

Dentro das considerações de Dworkin, entretanto, existem algumas particularidades nesse sistema de pensamento. A resposta correta deve passar por uma abordagem sempre teórica. Isso significa dizer que a decisão judicial deve ser obtida de maneira jurídica, nunca finalista ou consequencialista-utilitarista.

É somente pela negação ao utilitarismo – a consideração de um *decisum* a partir de suas consequências e de seus resultados – que se combaterá a discricionariedade.

A adoção de uma resposta correta parte do pressuposto de que o aplicador necessariamente partirá de fundamentos técnico-jurídicos (*argumentos de princípio*), nunca morais ou políticos, para basear a sua decisão (DWORKIN, 2007). Isso significa que, muito embora a decisão correta desagrade alguma parcela da sociedade, será legítima porque se pautou em critérios juridicamente democráticos (uma espécie de moral pública).

Na necessidade de formação de uma resposta correta ao Direito e, assim, uma resposta adequada à Constituição, obriga-se o julgador a fornecer a razão, num verdadeiro constrangimento epistêmico (STRECK, 2014), de uma determinada leitura ser melhor que outra, explicitando os motivos. Isto é, que explique como aquela solução é a melhor considerando todas as outras possíveis.

Em sendo assim, a obtenção de uma resposta adequada (ou correta) à Constituição ganha os contornos de um direito fundamental quando se lê o art. 93, IX, da Constituição Federal, relativo ao dever de fundamentação das decisões judiciais sob a melhor luz (STRECK, 2014).

Tomando como rumo a noção dworkiniana de integridade no Direito, Streck (2014) formula alguns princípios norteadores da obtenção da resposta correta. A resposta adequada deve (i) primar pela preservação da autonomia do direito; (ii) delimitar condições para seja realizada uma interpretação conforme a Constituição; (iii) respeitar a integridade e a coerência

do Direito); (iv) atentar-se ao fato de que a fundamentação das decisões judiciais é dever dos juízes e Tribunais. De maneira mais importante ainda, deve-se ter em mente que (v) deve ser garantido o direito de todo cidadão ter sua causa julgada em conformidade com a Constituição (STRECK, 2014).

Existem formas mais específicas de se obter uma resposta correta pela integridade, as quais serão abordadas com mais afinco, no bojo da discussão sobre os artigos 489, 926 e 927 no terceiro capítulo. Entretanto, é de bom alvitre salientar os pontos fornecidos por Streck (2014) na construção de um roteiro: para a fundação de uma decisão escoreta, o julgador deve atentar-se para uma identificação precisa sobre a facticidade do caso concreto; qual a legislação (legalidade) que se aplicará ao caso especificamente, as demais fontes do Direito aplicáveis ao caso, resgatando, para tanto, uma análise teórica (primariamente principiológica) do Direito, mediante a apreciação da doutrina. Ademais, especificamente, “deve haver estrita relação de individualização dos pedidos do autor bem como das exceções e dos pontos de defesa do réu” (ABBOUD, 2016, p. 758). Assim como visto na teoria dworkiniana da *one right answer*, o julgador deve demonstrar as razões pelas quais fez prevalecer alguns argumentos em prejuízo de outros no momento da prolação do entendimento no caso concreto (STRECK, 2014).

Evidentemente, trata-se de uma técnica de obtenção de uma decisão adequada e legal e, portanto, uma que se adequa tanto material quanto formalmente à Constituição. É aí que nasce o direito, tido como fundamental, à prolação de decisões extensivamente fundamentadas (CANOTILHO, 2013).

Eis uma discussão que, numa espécie de eterno retorno, volta sempre à problemática da teoria da decisão. O ativismo é corrigido (ou melhor, constrangido) quando se obriga a fundamentação e demonstração, num plano não somente argumentativo, mas também principiológico, em que a doutrina e os demais sujeitos - a sociedade de livres intérpretes - constroem epistemologicamente a interpretação - *applicatio* - do Direito. Há quem entenda essa visão de mundo (uma sociedade de livres intérpretes) como um sonho coletivo desmedido e não saudável, já que impossível (BUSTAMANTE, 2016), mas ela é uma resposta razoável ao problema do ativismo.

Entretanto, ela não é nem um pouco prática. No caso tipicamente brasileiro, é um tanto questionável a noção de presença de uma sociedade livre de intérpretes da Constituição e do Direito num conceito *sui generis*. Eis um atributo demasiadamente abstrato numa convivência política posta pragmaticamente. O ativismo judicial, dentro dos dois conceitos tratados anteriormente - num ponto de vista material e formal, rememore-se - pode ser

compreendido e, conseqüentemente, atacado, formulando a seguinte questão: o Judiciário tem legitimidade política e moral (dentro de um contexto de uma moral pública) para tomar essa decisão? Remetendo-se sempre à busca da *one right answer*, utilizando-se dos vetores de Streck (2013), tomando como pressuposto sempre a individualidade do caso concreto, se a resposta for positiva, haverá ativismo. Se a resposta for negativa, haverá o regular exercício da justiça constitucional dentro dos limites de uma interpretação ortodoxa do artigo 2º da Constituição Federal.

Em sentido contrário, atestando-se a viabilidade de uma sociedade livre de intérpretes:

[...] ampliação do número de tradutores constitucionais ao mesmo tempo que promove a integração de diversas perspectivas constitucionais opera como instrumento de preservação dos conflitos, ampliando a unidade da Constituição, pois na medida em que racionaliza-se o dissenso hermenêutico legitima-se através da intersubjetividade a tomada de decisão, todavia, salienta que a necessidade de racionalização do processo de auscultação daquilo que tem a dizer estes novos intérpretes constitucionais, sob pena de instaurar-se uma babel hermenêutica comprometendo a unidade e a força normativo agregadora da Constituição (BALTAZAR, 2008).

Feitas tais considerações, deve restar justificada, sem sombra de dúvidas, a importância da discussão travada por este trabalho: é por intermédio de um estudo aprofundado do que causa o enfraquecimento da autonomia do Direito – seja o ativismo judicial, que autoriza o Judiciário a dizer o que bem entender acerca do que é jurídico e, muitas vezes, realizando julgamentos de conveniência política, seja por intermédio do solipsismo – que se sana essa mazela.

Ela, entretanto, só pode ser tratada quando se reconhecer a devida importância de um arcabouço de temas que sempre deságuam num tópico central: a decisão judicial. É por intermédio de uma decisão que se garante o bem da vida. E é por intermédio da revisitação do que trata uma teoria das fontes e da invasão da filosofia da linguagem, que o presente trabalho também elenca como primordial, que a crise começa a ser estudada. É assim que se procede: primeiro, deve-se diagnosticar.

Entretanto, no Brasil, o diagnóstico tem sido feito há anos: a Constituição de 1988 representou uma revolução no modo de enxergar direitos e garantias fundamentais, bem como fez referência implícita à mudança de paradigma da leitura filosófica que o texto constitucional merecia (e ainda merece).

É por isso que é, outrossim, objeto de sustentação para esta trabalho que um segundo passo para, antes de entender uma crise (representada aqui pelo ativismo judicial) e antes mesmo de se preocupar com uma teoria da decisão judicial e das fontes (realmente imprescindível para o desnude da potencialidade da Constituição), deve-se atestar o que é óbvio mas que ainda resta enclausurado: a invasão pela filosofia da linguagem, mormente os avanços trazidos no século passado, no âmbito das ciências humanas, e no Direito. No contexto do Constitucionalismo após a Segunda Guerra Mundial, a forma de entender e interpretar o mundo – aqui resta envolto, também, o texto e a norma – não deveria permanecer o mesmo. Mudanças são imprescindíveis. Ainda assim, há resistência (STRECK, 2014).

2 A INVASÃO DO DIREITO PELA FILOSOFIA DA LINGUAGEM

Uma vez caracterizada uma das faces da crise que assola um entendimento atual do que vem a ser Direito e sua aplicação, em que se tomou como exemplo o ativismo judicial para ilustrar uma série de questionamentos sobre interpretação, funções do Estado e Política, é preciso, mesmo que de maneira tímida (senão temerária), estabelecer algumas razões para essa divergência. Como visto, além de um problema tipicamente político (porque trata de tensões entre um constitucionalismo democrático e uma visão ainda positivista normativista do Direito), o ativismo ainda trabalha com ideias do que vem a sê-lo. A incerteza sobre o papel do Direito e a existência e confluência de um Estado Democrático de Direito (eis aí a necessidade de interpretação adequada do artigo 2º da Constituição Federal, portanto).

O intuito aberto do presente trabalho é analisar o dever de fundamentação da decisão judicial traçando paradigmas teóricos, doutrinários e filosóficos ao longo do caminho. Isso envolve percorrer os próprios parâmetros que devem ser traçados sobre o que é o Direito e seu papel na sociedade – isto é, o que se toma como referência quando se fala na definição de Direito. Ora se é possível falar de um ente que visa, meramente, à regulamentação ou se é possível falar do Direito transformador da realidade social. Eis nessa última afirmação - o Direito como transformador da realidade, não mero coadjuvante regulamentador – um ideal de ruptura advindo da melhor interpretação da Constituição Federal de 1988 (ABBOUD, 2016).

Nisso, é impossível ignorar um questionamento eminentemente aberto e, portanto, filosófico nessa empreitada. Falar das bases em que estão assentadas essas ideias. É defendido aqui, portanto, que é somente possível falar de um verdadeiro ideal de ruptura quando as bases em que estão assentadas as premissas do Direito hodiernamente ensinado (nas universidades e centros de ensino afora) e “praticado” (nos escritórios de advocacia, fóruns, Tribunais afora) são questionadas e, nesse caso, descartadas por algo que traduza melhor a Realidade. É disso que se trata o famigerado “senso comum teórico dos juristas” (WARAT, 1988) que deve ser afastado.

Salvo melhor juízo, o Direito tem se beneficiado, desde o último século, da revolução “copernicana”, como bem ilustra Streck (2014, p. 31), oriunda da filosofia da linguagem, que é mais bem capitaneada por Heidegger e Gadamer e de sua filosofia de cariz eminentemente hermenêutico.

Entretanto, para que seja possível prosseguir nessas análises – desbravar essa revolução que invadiu o Direito e de sua interpretação – é preciso antes entender,

fundamentalmente, os pressupostos dessa revolução que colocou a filosofia da linguagem no cerne do discurso – seja ele científico ou jurídico.

Trata-se de um questionamento que, dentro do contexto do presente trabalho, não é meramente reflexivo, mas que também vale para conectar pontos aparentemente distantes - a noção de uma crise que pode ser dirimida, em parte, frise-se, por uma interpretação equânime de dispositivos trazidos pelo Novo Código de Processo Civil. Uma leitura que envolve a Constituição e o dever de fundamentação - ou, ainda, o dever de consideração - das decisões judiciais.

Para tanto, é necessário acompanhar até mesmo a história do próprio pensamento humano para descortinar esse intento de reflexão sobre o Direito. É por isso que é imperioso tratar da filosofia da linguagem, aqui sob a ótica da Hermenêutica Filosófica, em suas mais diferentes e variadas matizes. Após esse histórico e esse revolvimento da história do pensamento hermenêutico, são elaboradas algumas limitações e comparações quanto ao pensamento jurídico, atualmente estratificado numa notória posição objetificante da Realidade e de um ordenamento jurídico em que a Constituição *existe* mas não *acontece* - isto é, não é fenômeno, sendo ente mas não ser. Depois da qualificação dessa postura diante do Direito e da filosofia da linguagem, são contornados alguns pontos sobre o que viria a ser o Direito visto por uma hermenêutica moderna.

2.1 A hermenêutica filosófica

Um necessário ponto de partida para se discutir a importância do revolvimento da filosofia está no fato de o que Direito, para a noção clássica e regulamentadora individualista¹⁴, trata da adequação da Realidade à norma. Falar de realidade e de Realidade, portanto, é imperativo. É disso que se precisa ocupar.

Ele, o Direito, trabalha, diuturnamente, com a *atribuição de sentidos*. Seja no manuseio no dia-a-dia, no “senso comum teórico” (WARAT, 1988) dos juristas, seja lidando com jurisprudência e com teorias argumentativas, sempre há que se lidar com a interpretação e com a aferição do *outro*. A interpretação (isto é, uma dada visão da realidade) é particularmente relevante ao Direito dada a posição que ele ocupa - matéria dotada de capacidade de transformação social pelo constitucionalismo garantista moderno.

¹⁴ Calha bem aqui transcrever a célebre citação de Bastiat: “O que é então a lei? É a organização coletiva do direito individual de legítima defesa” (BASTIAT, 2010, p. 11).

Posto isso, ao longo da história do pensamento humano, a atribuição de sentido à Realidade passou por várias etapas em que ela foi vista, ora como objeto, ora como ente que participa, ativamente da aferição desses mesmos sentidos.

A história da interpretação é curiosa: num primeiro momento, o senso comum diz que quem interpreta o faz como se o intérprete desvende algo que está dentro do próprio mundo. Como se descortinasse um segredo. É possível, portanto, falar em metáforas sobre o ato de interpretar. Interpretar, portanto, seria saber lidar com o mistério:

Uma vez revelados, os segredos deixam de o ser. Porém, é claro que nem todos têm as chaves para compreender os segredos do oráculo. Assim, se o sentido interpretado é apenas um segredo a ser desvendado, a capacidade de interpretação é sempre envolta em mistério, pois parece existir algo de mágico no processo interpretativo, algo que ultrapassa nossa capacidade de explicação. Então, os grandes intérpretes são aqueles capazes de desvendar os sentidos que são inacessíveis às pessoas comuns. Essa capacidade de compreender os segredos, de trazer à luz o que permanece oculto, este é o próprio mistério da interpretação (COSTA, 2008b, p. 6).

O idealismo platônico dividia a realidade em *ser* e *não ser*, entre o que efetivamente é do que *acontece* (uma espécie de fenômeno). Isto é, o sentido das coisas e da vida não está, propriamente, nas coisas (aqui doravante denominados somente “objetos”). O sentido da vida não está na vida, o sentido dos objetos não está em si mesmos, já que “o empírico não se explica por si mesmo” (COSTA, 2008b, p. 6).

Daí que o idealismo platônico transfere, totalmente, a discussão do sentido para as ideias, tratando a Realidade num processo dual de significação. Tem-se o mundo físico, e daí se extrai o empírico (experimentável) e no metafísico, representado pelo próprio idealismo. Tem-se aí o nascimento de uma metafísica que, ao instaurar uma tensão entre duas visões de mundo (um perfeito e outro imperfeito, este último somente atingível através do *logos*¹⁵).

A esse idealismo se opuseram as Críticas de Kant (2012). O filósofo alemão, no século XIX, quebrou a tradição idealista, mas não deu fim à bipartição metafísica. Assim

¹⁵ Eis uma colocação interessante acerca do significado de *logos*, trazido por I.F. Stone, e que ilustra bem a incapacidade moderna de se retratar com fidelidade, muitas vezes, o pensamento grego e até mesmo o simplesmente Antigo: “Assim, por exemplo, como entender a palavra *logos* com base em uma tradução inglesa, quando a definição desse termo famoso - com toda a sua rica complexidade e evolução criativa - exige mais de cinco colunas, em letras miúdas, na edição integral do enorme *Greek-English Lexicon*, de Liddell, Scott e Jones? Um milênio de pensamento filosófico está contido num termo que começa, em Homero, designando a ideia de ‘fala’, transforma-se em “Razão” - com R maiúsculo como senhora divina do universo - nos estoicos, e termina, no Evangelho segundo são João - por meio de um sutil empréstimo tomado às fontes bíblicas - como o Verbo criativo de Deus, Seu instrumento na tarefa da Criação” (STONE, 1993).

como no idealismo platônico, o viés kantiano visualiza que o sentido das coisas não estão nelas em si – daí é comum dizer que a metafísica trata de “coisas-em-si” como coloca Streck (2014). Foi possível, com essa reviravolta, conceber um rompimento com o físico e o metafísico. Não haveria um ideal a que o mundo físico se reportava. Fala-se em transcendência, que é o que, muito embora não se reporta ao eminentemente físico, acaba reportando-se a uma forma eminentemente humana de conceber o mundo - o que, séculos depois, Heidegger chamaria de *dasein* numa outra virada desse entendimento.

Com esse entendimento, extraído do pensamento kantiano, tem-se uma consciência reflexiva, isto é, “a consciência que se mira no espelho e percebe que ela própria é que dá sentido ao mundo” (COSTA, 2008b).

Mesmo que se considere a magnitude e o significado da filosofia kantiana - seu grande acerto reside, basicamente, na aceitação de um olhar reflexivo da consciência - isto não significa e não se traduz em um abandono e renúncia da objetividade. Fala-se em uma significação universal e objetiva de Beleza e de Justiça para todos os homens, o que garantiria, até certo ponto, a harmonia do *logos* como tratado anteriormente. Mesmo com as reservas feitas por um hermenauta, a construção kantiana de reflexividade, é de se dizer que ela contribuiu para a noção de que, sem o olhar humano, há somente existência, não significado propriamente dito¹⁶.

Diante desse quadro eminente metafísico (portanto, dualista), surge um impasse: é a partir dessa revelação que se percebe que a existência (como exemplo, tome-se aqui a natureza em si) pode ser contemplada, mas não necessariamente entendida, já que o entendimento pressupõe, desde sempre, que exista *algo* a ser entendido que é intrínseco à existência (tomando, por exemplo, a natureza em si novamente). A metafísica, nesse quadro, trata de um conjunto de significações fabricadas, já que *encontrar* (e não se deparar com, como ocorre no círculo hermenêutico, mais bem descrito adiante) sentidos faz parte da noção clássica da metafísica (HEIDEGGER, 2006).

Negando a metafísica, mesmo que por um mero momento, tem-se a necessidade, quase que num círculo vicioso (hermenêutico), de se atribuir sentido e de transformar ente e ser, “conferindo sentido às coisas que têm mera existência” (COSTA, 2008b, p. 11).

¹⁶ Nesse sentido, a poesia de Alberto Caeiro, heterônimo de Fernando Pessoa: “As cousas não têm significação: têm existência. As cousas são o único sentido oculto das cousas.” (CAEIRO, 1925). Nesse particular, Pessoa (ou Caeiro, dependendo do que se considera um heterônimo) se filia bastante ao ideal de Heidegger, segundo o qual o *dasein* seria uma espécie de abertura para o ser (COSTA, 2008), sendo que o Homem é o único ser (senciente) capaz de atribuir sentidos às coisas, inclusive a si próprio e a sua existência.

Constatado isso, surge mais um questionamento. Não bastaria dizer que o sentido não está mais nas coisas-em-si, como postulado pelos metafísicos. É preciso, além de refutar essa alegação, indicar. Dessa forma, não deve proceder a tese de que, como o idealismo platônico veiculava, o sentido está nos objetos ou mesmo num plano ideal – longe, portanto, do alcance do indivíduo. Não é possível falar do *logos* que revela sentidos escondidos, estando esses mesmos sentidos presos às próprias coisas.

Verificando a tese kantiana de que o sentido de tudo, da vida e dos objetos esteja, finalmente, no sujeito, essa visão de mundo esbarra na questão da objetividade. Para tanto, Kant (2012) até elabora uma explicação sobre uma analítica transcendental, hipótese na qual a própria consciência realiza uma análise de si mesma. A analítica transcendental, por si mesma, esbarra em problemas da lógica clássica, já que ela não mais trata de questões de reflexividade da consciência (o que é uma visão tolerável e aceita dela). Eis uma hipótese de fagocitose dela mesma, o que é impossível.

Entretanto, a tese kantiana de que a Razão, absoluta e universal (comunicável a todos os seres humanos portanto), garantiria a objetividade na atribuição de sentidos encontra outros empecilhos. É difícil sustentar uma objetividade absoluta e, quando muito, ela leva a absurdos como a teoria do *biocentrismo*¹⁷.

De qualquer forma, tem-se como verdade que o ser humano atribui significações. E é a partir desses constructos humanos que denominamos a Realidade. Não há Realidade, portanto, sem atribuição de sentido (COSTA, 2008b).

Para o presente trabalho, essa discussão passa a ter maior relevância prática quando se percebe que os sentidos são exercitados através da linguagem, de forma que, numa colocação célebre, “a linguagem é a morada do ser” (HEIDEGGER, 2006, p. 112). É através do exercício da linguagem que o mundo, a natureza e tudo mais deixa de ter mera existência e passa a reagir a processos de significação, ganhando conotações¹⁸. Têm-se causas, ideias de

¹⁷ O biocentrismo aqui em comento não deve ser confundido com o biocentrismo, vertente da teoria da Ética Ecológica, e que coloca a vida no centro da discussão daquela disciplina em especial. O biocentrismo aqui discutido se refere ao constructo teórico criado por Robert Lanza, segundo o qual a Realidade é objetivo de uma alucinação meramente abstraída da mente humana ou, no máximo uma alucinação coletiva.

¹⁸ Uma parábola interessante sobre a formação da linguagem é fornecida por Cormac McCarthy: “So what are we saying here? That some unknown thinker sat up one night in his cave and said: Wow. One thing can be another thing. Yes. Of course that’s what we are saying. Except that he didnt say it because there was no language for him to say it in. For the time being he had to settle for just thinking it. And when did this take place? Our influential persons claim to have no idea. Of course they dont think that it took place at all. But aside from that. One hundred thousand years ago? Half a million? Longer? Actually a hundred thousand would be a pretty good guess. It dates the earliest known graphics—found in the Blombos Cave in South Africa. These scratchings have everything to do with our chap waking up in his cave. For while it is fairly certain that art preceded language it probably didnt precede it by much. Some influential persons have actually claimed that

beleza, constituem-se finalidades, ordens e necessidades. Criam-se conceitos. São veiculados discursos. Com eles, não se descreve, simplesmente, o mundo. Através deles a Realidade vem a ter sentido. Eis uma constatação fundamental a partir disso: o Mundo se difere da Realidade na medida em que o Mundo simplesmente possui existência. A Realidade, necessariamente, *faz sentido* (COSTA, 2008b). A Realidade, outrossim, é a *Lebenswelt*¹⁹ (HUSSERL, 2012).

A hermenêutica, portanto, traz um paradigma interessante sobre o dito até agora: não se olvida que o mundo esteja envolto em discursos dos mais variados tipos sobre as mais variadas situações. Tem-se que “a hermenêutica é justamente um discurso acerca do modo humano de lidar com essas significações que atribuímos às coisas” (COSTA, 2008b, p. 21).

Um dos pressupostos da hermenêutica é que não há sentido fora da linguagem. Negam-se as razões explicitadas anteriormente (o idealismo e a razão objetificante e universal), mas nas linguagens. Desta forma, a hermenêutica exercita a noção de que os sentidos do mundo estão nos próprios discursos com que trabalhamos para, justamente, atribuir sentido a ele. Não se nega, entretanto, existência às coisas da vida. Entretanto, como visto, a existência, por si só, é desprovida de sentido (COSTA, 2008).

Essas reflexões expostas acima bastam para constatar outro fato: a hermenêutica, como constituída para os fins do presente trabalho, traz que o fato de falar do mundo faz com que se fabrique uma espécie de fotografia instantânea dele. Quando se fala do mundo, fala-se de imagens dele. E isso é importante: a linguagem não trabalha, naturalmente, com fatos em si e com “coisas-em-si”²⁰ (pois não se tem mais a visão dualista da metafísica, pelo menos para os intuítos deste trabalho). Ela lida com fenômenos (HUSSERL, 2012).

language could be up to a million years old. They haven't explained what we have been doing with it all this time. What we do know—pretty much without question—is that once you have language everything else follows pretty quickly. The simple understanding that one thing can be another thing is at the root of all things of our doing. From using colored pebbles for the trading of goats to art and language and on to using symbolic marks to represent pieces of the world too small to see.”: “Então o que nós estamos dizendo aqui? Que algum pensador desconhecido sentou uma noite em sua caverna e disse: Uma coisa pode ser outra coisa. Sim. Claro que é isso que estamos dizendo. Exceto que ele não disse isso porque não havia língua para que ele dissesse isso. Por enquanto ele teve que se contentar com somente pensar. E quando isso tomou lugar? Nossas pessoas influentes não fazem ideia. Claro que eles não acreditam que isso aconteceu. Mas além disso. Cem mil anos atrás? Quinhentos mil? Mais? Na verdade cem mil seria uma aposta muito boa. É compatível com desenhos mais antigos conhecidos – encontrados na caverna Blombos na África do Sul. Esses rabiscos tem tudo a ver com nosso homem acordando em sua caverna. Por enquanto é razoavelmente certo que arte precedeu a linguagem não a precedeu muito. Algumas pessoas influentes realmente sustentaram que linguagem poderia ter a idade de um milhão de anos. Eles não explicaram o que nós temos feito com ela todo esse tempo. O que nós sabemos – praticamente sem dúvidas – é que, uma vez que você possui uma língua tudo te acompanha bastante rapidamente. O simples entendimento de que algo pode ser outra coisa está na raiz de todo nosso fazer. Desde usar rochas coloridas para trocar cabritos até arte e linguagem e depois, até usar marcos simbólicos para representar partes do mundo que são pequenas demais para enxergar” (tradução nossa).

¹⁹ O “Mundo da Vida” numa visão fenomenológica.

²⁰ Quadra bem mencionar a afirmação nietzschiana no sentido de que não existem fatos, somente interpretações.

Arrematando o caráter reflexivo da hermenêutica:

Como a linguagem é o único lugar que o sentido habita, compreender a Realidade exige a compreensão da própria linguagem com que a constituímos e dos seus modos de operação. Essa percepção faz com que a hermenêutica seja necessariamente reflexiva, pois ela dirige a si mesma o seu olhar: a hermenêutica é um modo de compreender o compreender e, nessa medida, trata-se de um conhecimento que se utiliza de espelhos e não de lunetas. E é justamente por isso que a hermenêutica não é uma ciência, no sentido comum desse termo (COSTA, 2008b, p. 7).

Uma das críticas que embasam este trabalho tem a ver com a falta de reflexividade com o trato do Direito modernamente. Isto é, nenhuma das tradições que antecedem a hermenêutica moderna (a tradição grega, medieval, bem como a Teoria Pura do Direito, para citar um exemplo relativamente recente) trataram o Direito numa perspectiva reflexiva, olhando de fora para dentro. Em verdade, abusando da sociologia cientificista, limitaram-se a descrever a Realidade.

Isto pode ser descoberto quando se percebe que o pensamento científico, em seus primórdios, buscou desenvolver métodos racionais com vistas a obter a Verdade. A ciência estigmatizou o método, sendo ele a única ferramenta útil disponível para a perseguição da Verdade. Repise-se que o discurso cientificista é uma mera reincidência da metafísica, já que “a diversidade de nossas opiniões não provém do fato de sermos uns mais racionais do que outros, mas somente do fato de conduzirmos nossos pensamentos por vias diversas e de não levarmos em conta as mesmas coisas” (DESCARTES, 2006, p. 30). Em sendo a razão universal, igual e imutável, ela não sofria alterações com o andar da História. Era, assim, *ahistórica*. Ironicamente, não se concebia que esse discurso, objetificante e que remetia à metafísica clássica, tratava de um apunhado de considerações historicamente influenciado - seja pelo sucesso da empreitada científica, seja por quaisquer outros motivos levados pela teoria empirista. Sobre a cientificização exacerbada, tem-se que:

O preço a ser pago pela cientificização positivista do conhecimento humanístico seria o do abandono do sentido. Uma perspectiva radicalmente científica é a darwinista, que não explica o mundo por meio de funções, finalidades, objetivos, mas por meio de um processo de seleção natural que reduz tudo a explicações meramente causais. Com Darwin, mesmo a biologia se livrou da teleologia, pois mesmo a vida e a evolução das espécies podem ser explicadas sem a necessidade de fazer referência a um princípio transcendental. Fazer ciência, nos limites da modernidade, significa descrever o mundo de maneira mecânica, estabelecendo explicações sistemáticas sincrônicas e gerais. Como identifica Habermas, esse tipo de visão teórica tem uma inspiração grega e revela uma metafísica ontológica, pois parte da questão do ser: Conhecer é revelar o ser do mundo, a partir da

utilização do logos. Com isso, “o verdadeiro conhecimento tem a ver com aquilo que é pura e simplesmente geral, imutável e necessário” (COSTA, 2008b, p. 69).

É que uma discussão sobre a historicidade leva à conclusão de que o saber histórico é, eminentemente, hermenêutico e nunca científico, já que a ciência lida com uma suposta realidade dos fatos e nunca com sua significação. A ciência não pode ser automaticamente autorreflexiva sob pena de não ser mais ciência.

Postas essas considerações sobre o saber histórico, tem-se que o *dasein* (HEIDEGGER, 2006) geraria, assim, uma revolução no pensamento em comento. Só o homem atribui sentidos e que a historicidade é condição dessa mesma atribuição - não pode ser deixada de lado simplesmente.

Desta forma, deve-se ter em mente que a hermenêutica não constitui um método, mas claramente um estilo. A ideia de método remonta, por si só, a ideia de metafísica. O método atribui sentidos, mas não se depara com eles como dito anteriormente (GADAMER, 1999).

Percebe-se que a hermenêutica, nesse aspecto, visa a desconstituir uma visão anterior e bastante ingênua do homem, uma que consistia na objetificação da Realidade e na construção de verdades absolutas. Assim, a “história da hermenêutica é a do desenvolvimento desse modo de pensar histórica e reflexivamente o próprio homem, dessa mentalidade que absolutiza a relatividade e universaliza a contingência” (COSTA, 2008, p. 9).

2.2 O caráter reflexivo da historicidade

Por Kant (2012), inaugurou-se a noção de universalização do particular. Isto é, uma noção segundo a qual se reconhece que, basicamente, todo homem veria o mundo da mesma forma. Daí seria possível extrair a objetividade dele.

Entretanto, essa visão não basta para explicar as contingências da vida. Como inclusive denunciado por Hegel, o homem, em sendo ente histórico, não consegue explicar-se através de sua razão universal individual (HEGEL, 2007).

É por isso que foi necessária a introdução da ideia de uma consciência histórica. Não existem verdades imutáveis e inegáveis, entes absolutos. Questionamentos sobre a historicidade da razão levaram a outros questionamentos. Ou seja, questionou-se até que ponto a racionalidade iluminista, tão bem guardada, seria influenciada por um longo processo histórico de legitimação. Quando levada ao extremo, essa ideia de historicidade leva a alguns inconvenientes epistemológicos. Tem-se que, uma vez que todo exercício de compreender

envolve, no fundo, um exercício de compreender a si próprio (o que nos leva de volta à velha máxima socrática, “conhece-te a ti mesmo”), então não há como criar um discurso efetivamente científico externo sobre o homem em si – levando ainda mais adiante, sobre qualquer área.

A filosofia de Heidegger (2006) deixa claro que o sentido não está no mundo – isto é, nos “objetos” como colocado anteriormente pelo idealismo platônico ou pelo transcendentalismo kantiano de outrora. Tem-se que o ser humano, a partir dessa concepção, não mais reitera a existência (sua, no caso). Desta forma, esse viés trazido pelo autor alemão quebra com a tradição anterior - a qual visualizava a hermenêutica como uma espécie de simples trampolim para a correta interpretação de textos e determinados autores. Em sendo assim, tratando a hermenêutica de atribuição de sentidos, a hermenêutica se volta muito mais ao mundo, em um sentido mais amplo, do que a textos e a interpretação com métodos anti-hermenêuticos²¹.

Institui-se, com o *dasein*, a verdade de que a atribuição de sentido e significado é fruto da condição humana. Isso significa dizer que a atribuição deles não é imutável. Se estão condicionados à humanidade (ao ser humano em sua totalidade de compreensão), eles são obra da atividade do ser humano como típico hermeneuta que ele é (COSTAb, 2008).

Heidegger (2006) também ajudou a sedimentar a ideia de um círculo hermenêutico. Ele, em sendo assim, não é vicioso. É através dele que “o processo hermenêutico dá-se como um círculo virtuoso que possibilita a existência da própria compreensão” (COSTA, 2008b, p. 88).

Posto isso, a extensão da obra de Heidegger não se reservou a tecer maiores comentários sobre a interpretação de textos e de autores como dito anteriormente. Seu foco foi, justamente, o de abrir conceitos sobre a condição do ser humano em face do mundo²².

Muito embora não tenha sido essa a intenção original por trás da afirmação dele quanto à perda de um horizonte ôntico (HEIDEGGER, 2006), a contribuição dessas construções teóricas foi imensas em outras áreas das ciências do espírito, notadamente o giro linguístico no século XX. O Direito se beneficiou destacadamente como se verá adiante.

2.3 O papel da hermenêutica jurídica e da Crítica Hermenêutica do Direito

²¹ Cite-se aqui, a título de exemplificação, o método gramatical, teleológico, extensivo, etc., os quais se prendem a critérios positivistas e que não entendem a separação entre texto e norma. Claramente, são anti-hermenêuticos.

²² É por isso que, na opinião do autor do presente trabalho, Martin Heidegger se aproxima muito das ideias defendidos por Albert Camus e do que venha a ser o “absurdo” para esse último autor.

Uma vez feito o necessário resgate acerca da hermenêutica filosófica, mormente a capitaneada por Hans-Georg Gadamer e Martin Heidegger, é o caso de se averiguar como essas percepções podem adentrar o imaginário jurídico – a fim de que, minimamente, seja atacada a crise paradigmática que enfrenta o Direito.

Entretanto, é preciso fazer algumas observações: seja através do positivismo exegético, em que se busca a “vontade da lei” (em outros casos, numa linha voluntarista, busca-se a *mens legis*, a vontade do legislador), seja em quaisquer outros casos de mixagens teóricas e conseqüente massacre da Constituição, predomina a ideia de necessidade de um procedimento ou de um método para a aferição do dito acima - ou, num dado momento, quer-se encontrar a vontade da lei; ou, em outro momento, deseja-se encontrar a vontade do legislador.

Para uma parte considerável dos juristas, o dito acima se aplica à ciência jurídica. Entretanto, não é só essa a realidade. A prática cotidiana nos Tribunais, escritórios de advocacia, demais órgãos públicos, entre outros locais envolvidos no exercício da jurisdição sugerem que hermenêutica é realizada em etapas – primeiro se compreende, depois se interpreta e, somente na parte final, é aplicado o Direito (STRECK, 2014).

O pensamento trazido por Gadamer (1999)²³, que sintetiza as lições anteriores de Heidegger (2006), aponta para um caminho contrário. A interpretação ocorreria numa denominada fusão de horizontes - *Horizonte Verschmelzung*²⁴. Compreender seria o fechamento (nunca um “real” fechamento, já que se trata de um círculo virtuoso) do círculo hermenêutico, esse encontro de horizontes (STRECK, 2014, p. 217).

Isto ocorre porque somente o ser humano possui, em suas ações, uma pré-compreensão que antecipa o ser e permite que o Homem vá e enxergue além do meramente empírico. Como até mesmo Platão havia consignado, o empírico sozinho não basta. Há algo que vai além da mera relação com o empírico, com o sensitivo. O Homem constitui um privilégio ôntico, já que existe e, outrossim, um privilégio ontológico, já que constitui esforços para compreender o próprio *ser* (STEIN, 2002). Isso significa, entre outros conceitos, que o fato de se poder falar do que “é” já denota um esforço de compreensão.

Para o Direito, mesmo que tenha sido dito, anteriormente, que a preocupação precípua da hermenêutica heideggeriana e gadameriana não seja focada no desbravamento de

²³ Daí a noção de que tudo que pode ser conhecido é linguagem ou está envolto pela linguagem e ser conhecido é linguagem ou está envolto pela linguagem.

²⁴ Outra forma encontrada de se mencionar esse encontro de horizontes foi *Horizontenverschmelzung*, o que fica registrado aqui.

textos, aqui é importante fechar alguns conceitos. É preciso ser dito que o ser humano (doravante “nós”) não reproduz sentidos que já estavam, contidos, anteriormente, numa espécie de pré-compreensão, no próprio texto. Se é a partir do olhar que se atribui sentido ao texto, é impossível retornar a uma espécie de gênese interpretativa – aqui falando de gênese no sentido bíblico mesmo, como se fosse possível retornar à origem de todas as coisas. Daí se percebe o erro dos voluntaristas em querer encontrar a vontade do legislador ou, para os objetivistas, a vontade da lei. Não existe ato anterior à lei. Não existe a possibilidade de se adentrar o texto e arrancar sentidos de dentro destes.

A hermenêutica de cariz heideggeriano e gadameriano ajudar a desmistificar o *habitus* (no sentido dado por Bordieu à palavra) que permeia o pensamento jurídico. Desmistifica-se o *sentimento* (eis uma palavra extremamente apropriada para tratar da hermenêutica em seu estado d’arte hoje em dia) de que, em decisões judiciais, ou em qualquer exercício que venha a envolver o pensamento (hoje, um *habitus*) jurídico, primeiro se decide e depois de fundamenta. Numa análise puramente gramatical, o “fato” de que sentença vem de *sentire*” (STRECK, 2014, p. 217). Percebe-se que, munido do entendimento hermenêutico e de seu círculo, a decisão que vem antes da fundamentação apresenta um vácuo: se sempre há uma compreensão anterior num círculo virtuoso hermenêutico, de onde viria a decisão sem que ela fosse calcada na própria pré-compreensão do Direito? Do Direito ela não poderia vir. Ela advém, obviamente, da discricionariedade judicial. Eis a razão pela qual um pensamento não-hermenêutico leva, frequentemente, a decisões fragmentárias do Direito (porque não aceitam a historicidade dele, visto em Gadamer, bem como a integridade de Dworkin, tratados adiante).

Arrisca-se, nesse ponto em que a aplicação do Direito vem com o ato de decidir, a assumir que a interpretação é um ato de vontade nietzschiano²⁵. Primeiro porque se pensa que a solução é fornecida e, somente depois, há a fundamentação - isto é, busca-se fundamentar de acordo com aquilo que foi decidido.

A interpretação não é ato de vontade porque a fundamentação de uma decisão judicial é parte integrante do ato decisório. Em sendo assim, não se pode admitir que primeiro se decida e depois se fundamente, sob pena de se inutilizar o próprio conceito do Direito. Se o intérprete é livre para decidir, não há razão para interpretar. Não há razão ao sistema jurídico de qualquer nação. Não há utilidade à norma. Não existiria utilidade a, por exemplos, trabalhos como o presente.

²⁵ O aforismo segundo o qual não há fatos, somente interpretações, também pode ser lido dessa forma. A interpretação é *vontade*.

Essa revolução “copernicana” também ajuda a sedimentar a falsidade de um ideal de uma Norma Fundamental ou, ainda, um *fundamentum inconcussum*²⁶. Esquece-se do esquema objetificador da metafísica e da filosofia da consciência²⁷.

A partir do momento em que “nos libertamos de tais ontologias (tradicionais), é dizer, na medida em que passamos a não acreditar na possibilidade de que o mundo possa ser identificado com independência da linguagem” (STRECK, 2014, p. 219), descortina-se o ideal anteriormente solipsista e discricionário do Direito. Passa-se da noção da interpretação como ato de vontade, em que se decide para depois fundamentar, para o acolhimento de uma hermenêutica que não é calcada em verdades absolutas e objetificação sem sentido maior. É perceber que não existem conceitos sem coisas. Não há “coisas-em-si”. Para o Direito:

Diante disso, se o direito é linguagem e na linguagem e se o problema do compreender é determinante para a formação do sentido que se projeta nos enunciados jurídicos (textos normativos), toda questão jurídica deve passar pela exploração deste “elemento hermenêutico” que caracteriza a experiência jurídica. Há de se ressaltar que, nesse enfoque, hermenêutica deixa de ser uma técnica interpretativa ou uma ferramenta metodológica disponível para a determinação da correta interpretação da legislação e passa a ser encarada como um modo de ser daquele que compreende o direito: a linguagem passa a ser constituinte e constituidora do mundo do homem (ABBOUD, 2016, p. 71).

Que nós tratemos, por exemplo, de um dos objetos do Direito: o texto. Obviamente, o Direito não é a lei (disso o positivismo exegético já dava conta de ir contra). Como não existem respostas antes das perguntas (STRECK, 2014, p. 220), não existem conceitos sem “objetos”. Isso significa arrematar que a atribuição de um determinado significado a um determinado texto só ocorre no caso concreto. Na concretude do Direito, diga-se.

Forma-se um contraponto com a dogmática jurídica. Ela trata o Direito como um conjunto de categorias fundamentais e quadros gerais, que são entes, criando conceitos como “coisa julgada”, “legitimidade”, “boa-fé”, entre outros, que aparecem como normas absolutas e estratificadas. Esses próprios conceitos são “coisas-em-si” porque nascem como ponto de partida para a aplicação do Direito ao caso concreto, como se neles estivesse a Razão

²⁶ Um fundamento da Verdade, inabalável e absoluto. Uma “coisa-em-si” como visto anteriormente.

²⁷ Aqui se trabalha também a conceituação de solipsismo que, para os efeitos do presente trabalho, requer algum cuidado. O solipsismo aqui referenciado tem fulcro não, propriamente, na filosofia da consciência, de cunho metafísico (isto é, opera no modo de cisão entre sujeito e objeto), mas somente no nível de uma mera vulgata da filosofia da consciência. No campo da decisão judicial, isto equivale a dizer que, para tal corrente, que é possível afirmar, com certeza, a separação entre interpretação e aplicação do direito, a diferenciação entre fato e direito (como se interpretar os fatos e o direito não fossem o mesmo). O solipsismo cuida do sujeito “absoluto”.

universalizante de Kant (2012), desde já pronta para ser aplicada a todas as pessoas de maneira indistinta.

Dworkin (2007) já alerta para a necessidade de tomada de consciência de uma visão interpretativa do Direito, tendo em mente que não se apreende a Realidade diretamente; essa apreensão sempre ocorre através do discurso (seja ele científico, jurídico, entre outros).

Nesse caso, a dogmática clássica (no Brasil, ainda calcada numa mixagem teórica entre jurisprudência dos conceitos e positivismo exegético, para somente mencionar alguns) ainda trabalha com categorias fundantes da Realidade, que, fazendo jus a esse nome, teriam a capacidade de até mesmo anteceder a pré-compreensão. Como visto, não é possível anteceder a pré-compreensão como desejam os voluntaristas e discricionários. Existe, contudo, a memória²⁸ do ser. O *dasein*.

Essa mesma forma de ver o Direito, essa dogmática, ainda aposta na subsunção do caso à regra. Fala-se em premissa maior e premissa menor, caudatários do procedimento lógico-dedutivo. Aliás, tudo isso remete ao que já foi tratado, anteriormente, sobre Hermenêutica e Ciência. Não há uma combinação possível entre os dois (GADAMER, 1999).

A visão clássica da subsunção esconde a objetificação do positivismo na criação de enunciados gerais. Esses enunciados permeiam e criam, ao mesmo tempo, o *habitus* teórico que vai sendo exercitado pelos juristas (aí vale uma crítica, principalmente, ao ensino jurídico e à percepção do Direito como um todo). Esconde-se a singularidade do caso concreto.

A subsunção ainda opera sob a égide de um pensamento metafísico. Com o giro linguístico noticiado pela hermenêutica do século XX, a linguagem não é mais um terceiro

²⁸ Nesse sentido, interessante reflexão feita sobre a memória do ser: “Lembrar-se é atualizar o que se é. Não somos muito mais do que a soma de todas as nossas memórias, a amálgama desses fragmentos de vida que guardamos com cuidado e sobre os quais nos debruçamos de novo e de novo, como se desvelando, uma a uma, suas infinitas camadas. É no desvelamento das memórias, na sua seleção e organização mental, que damos forma à nossa auto-imagem, aquela que irá se exteriorizar em cada ação, da mais grandiosa à mais minúscula. Quer dizer: a memória é a estrutura formal em que se instala nosso ser. Isso acontece porque somos criaturas com fome de sentido, que tendem inevitavelmente ao significado, e a memória imbuí naturalmente os objetos e fenômenos de significado. Através dela, o cheiro de um perfume francês pode carregar consigo a sua antiga casa de família em Bragança Paulista ou pode trazer de volta dos mortos um tio-avô; os sons de uma canção do Gerry Rafferty ou a abertura de “Senhora do Destino” podem reter o mês de Novembro de 2005 inteiro; um ponto de ônibus de Ipanema pode se embrenhar à alegria daquele último Carnaval ou à comemoração do pentacampeonato mundial de futebol. Como por magia, a memória está nos forçando a antever que há algum sentido na nossa existência. Porque parece que o mundo está só à espera de que o preenchamos com memórias, como se ele fosse uma matriz em branco que precisamos colorir, ou como se ele dependesse do magnetismo da memória para ser corrigido e revelado como o que, no fundo, sempre foi. Na verdade, é aquilo que se relaciona com a memória com franqueza, e só o que o faz, que acaba por nos emocionar, e eventualmente nos deixa admirados pelos elementos do milagre cósmico. Isto é a memória: nós mesmos, nossa arquitetura interior – uma catedral interior – e nossa experiência retroativa da magnificiência da realidade.” (MORAES, 2017).

interposto. Ela é parte integrante e constituidora, uma condição de possibilidade da atribuição de sentido (STRECK, 2014).

Ainda merecem considerações outras vertentes e métodos de interpretação quando se comenta sobre a invasão do Direito pela filosofia da linguagem. Isto ocorre porque ainda é comum atestar-se a menção diuturna à *mens legis* (vontade do legislador) e a um chamado sentido objetivo da lei (COSTA, 2008a).

Entretanto, como se afirmou, é impossível recorrer à vontade do legislador, dado que não é possível que a consciência tenha uma consciência – isto é, é impossível teorizar sobre a vontade da lei:

Se fôssemos, a rigor, buscar a intenção ocasional, precípua do legislador, o encontraríamos visando horizonte estreito, um conjunto de fatos concretos bastante limitado. Quase sempre a lei tem por fundamento um abuso recente; os seus prolores foram sugestionados por fatos isolados, nitidamente determinados, que impressionaram a opinião, embora a linguagem mantenha o tom de ideais gerais, preceito amplo. O legislador não suspeitou as múltiplas consequências lógicas que poderiam ser deduzidas de suas prescrições; não estiveram na sua vontade, nem se encontraram na sua intenção (MAXIMILIANO, 2011, p. 26).

Em sendo assim, a noção de uma invasão do Direito por essa hermenêutica visa a romper com esse ideal objetificador do Direito - em que o intérprete pensa extrair da norma algo dentro de si quando, diante da circularidade da compreensão, na verdade somente expõe sua própria reflexividade nessa tarefa hercúlea de interpretação.

Eis, resumidamente, o que o presente trabalho tem em mente quando fala da superação de uma crise do Direito e *no* Direito: ir além de interpretação como método, esquecer a subsunção e criticar a figura da decisão judicial como ato solipsista, essa última ideia envolvendo os motes do realismo jurídico (visto com mais parcimônia adiante no presente trabalho), que merecem ser igualmente combatidos.

É através desse breve panorama traçado que se verifica que o pensamento jurídico não pode ser desconstituído dessas observações. Não há conceitos sem coisas. Essa afirmação traz consigo uma série de consequências: não é possível mais sustentar uma visão de Direito objetificante da Realidade e que consista no solipsismo e no decisionismo, tudo expondo uma crise que merece ataque.

3 UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em tópicos anteriores, foram firmadas algumas ideias e premissas. E a maior premissa sobre a qual se assenta o presente trabalho diz respeito à existência de uma crise ou, ainda, de um mal-estar que percorre a experiência coletiva com o Direito. Seja ele um mal-estar relacionado à aplicação da Constituição (rememore-se que interpretação, como visto, traduz-se em *applicatio* com o círculo hermenêutico), seja algo que diz respeito à inexistência de legitimidade democrática na qual alguns órgãos do Poder Judiciário têm incorrido recentemente na forma do ativismo judicial.

Um segundo ideal desenvolvido é que uma saída se faz presente e ela está na própria Constituição e na observância (bem como num aprendizado contínuo) das mudanças trazidas pelo giro linguístico do século XX, mormente na filosofia de Heidegger, mais tarde refletida na hermenêutica filosófica de Gadamer.

Essas duas afirmações iniciais merecem cuidado especial porque somente através dessas noções – a percepção de uma crise e, ao mesmo tempo, a existência do ferramental necessária a seu trato – é que alguns dispositivos trazidos pelo Novo Código de Processo Civil que têm por objeto a tutela específica da decisão judicial e como ela deve ocorrer ganham efetividade. Isto é, deixam de figurar somente num plano ideológico e ganham concretude, verdadeiramente, quando postos em prática.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe alterações profundas sobre o que vem a ser a decisão judicial. A tríade de artigos 371, 489 e 926 esquematiza a constitucionalização do Processo Civil brasileiro. Em verdade, tratam de conferir concretude ao art. 93, IX, parte final, da Constituição, que disciplina o dever de fundamentação (ou como alguns tratam, dever de consideração) das decisões judiciais, visto como nunca antes, como garantia (NOJIRI, 2000 apud ALVES, 2017).

O art. 371 expurgou o conceito de “livre” de seu texto quando se falava em convencimento e, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, de “livre convencimento”, devendo ele ainda ser “motivado”. Com a entrada em vigência do Código de 2015, perquirir sobre a “motivação” das decisões judiciais - que perdeu seu lugar para, esta sim, a fundamentação - deve ser vista como uma resistência inútil à hermenêutica de cariz pós-moderno do século XX, como será trabalhado adiante. Eis um dos tópicos mais importantes deste trabalho: o fim do livre convencimento motivado através do fim, concomitante, da relação sujeito-objeto do solipsismo.

O art. 489 traça um itinerário exaustivo de fundamentação que deverá servir de guia para a aplicação do Direito, já que, como visto, a fundamentação é parte integrante da decisão judicial. Se ela é, em si, a decisão (pelo menos em parte), a forma de alcançá-la deve estar pautada em legalidade. Na verdade, o art. 489 é mero desdobramento do art. 93, IX, da Constituição Federal. Alguns, inclusive, podem arguir a desnecessidade daquele dispositivo do Código de Processo Civil. Um dever exaustivo de fundamentação é direito fundamental previsto no citado artigo da Constituição Federal e, dentro da escala de eficácia clássica construída para as normas constitucionais, ela é dotada de eficácia plena, imediata. Entretanto, é também conhecida a síndrome de “baixa constitucionalidade” (STRECK, 2014, p. 228). Por isso, esperou-se tanto tempo, com a promulgação de norma infraconstitucional, para entender a necessidade da fundamentação exaustiva, que é corolário da democracia quando lida à melhor luz.

Por derradeiro, dentro da análise dessa tríade textual, o art. 926 traz os deveres de estabilidade, integridade e coerência à jurisprudência dos Tribunais pátrios. Como será visto, o art. 926 (bem como a leitura conjunta com o art. 927, destacado) não leva, necessariamente, à criação de uma teoria da decisão que tem como mote final os denominados “precedentes à brasileira” (BAHIA, 2015), como essa modalidade de entendimento jurídico tem feito crer.

De qualquer forma, através dessa coletânea de comentários se procura sistematizar o que pode vir a ser observado numa teoria da decisão judicial – principalmente levando em consideração os limites traçados pela fundamentação trazida pelo art. 489 - claramente não se configurando este um “método” específico como explicitado em capítulos anteriores.

É dizer: Não se pretende criar parâmetros fixos. Ao tratar dos temas que estão, obviamente, relacionados com os artigos 371, 489 e 926 do Novo Código de Processo Civil serão extraídas ideias que levam à formação de um ideal de decisão mais ou menos uniforme, mas nunca estanque e (pejorativamente) fixo.

É que, se a norma é somente encontrada no seu deslinde com a facticidade da vida (HEIDEGGER, 2006), não se pode esperar menos de exposições que visam a tratar da decisão judicial. Mas é possível tentar.

3.1 Os princípios fundamentais de uma teoria da decisão judicial

A construção de uma teoria da decisão judicial, mesmo que ela nasça a partir de enunciados normativos (como é o caso do Novo Código de Processo Civil), prescinde de uma análise que antecede o ato de decidir.

O objetivo da construção dessa teoria é um: limitar o poder discricionário de juízes que, ainda calcados num viés positivista, decidem de forma solipsista. Neste sentido, eis a *raison d'être* dos capítulos anteriores. Primeiro, constatou-se um mal-estar imanente à jurisdição no caso tipicamente brasileiro; elaboraram-se considerações sobre um ferramental necessário para um enfrentamento dessa crise. Agora, impende concretizar algumas ideias sobre a decisão judicial combatendo uma outra causa dessa crise: a discricionariedade fundada numa visão positivista.

A relação entre positivismo e discricionariedade, nem sempre evidente, é assim exposta:

“[...] vejamos o seguinte: Ferrajoli, um assumido positivista, é - no que está absolutamente correto - contra o ativismo judicial. Entretanto, pergunto: ativismos e discricionariedade não seriam teses semelhantes, portanto, faces de uma mesma moeda? Permito-me afirmar isso porque, embora critique fortemente o uso da ponderação, Ferrajoli admite uma espécie de ‘fatalidade discricionária’, isto é, para ele existem três espaços fisiológicos e insuprimíveis de discricionariedade judiciária: a) o poder de qualificação jurídica, que corresponde aos espaços de interpretação da lei, ligados à semântica da linguagem legal; b) o poder de verificação factual ou de valoração das provas, que corresponde aos espaços de ponderação dos indícios e dos elementos probatórios; c) o poder equitativo de conotação dos fatos verificados, que corresponde aos espaços de compreensão e ponderação dos conotados singulares e irrepetíveis de cada fato, mesmo se todos igualmente subsumíveis na mesma figura legal do crime. Na sequência, Ferrajoli considera que esses espaços podem vir a ser reduzidos, reconhecendo, então, a importância de uma teoria da argumentação que serviria para orientar, racionalmente, a motivação das decisões tomadas, diminuindo a (insuprimível) discricionariedade. Com isso, aparentemente, Ferrajoli se aproxima de judicialistas como Preito Sanchís, ao acreditar na possibilidade de uma argumentação racional e um consequente absolutismo moral (embora afaste a moral, a seu modo). Não esqueçamos, aqui, que ambos - e isso também pode ser visto em Alexy - acreditam no poder discricionário dos juízes. Numa palavra: a questão que se coloca é que a defesa do positivismo -- mesmo com os cuidados que Ferrajoli professa -- pode proporcionar, em determinadas circunstâncias, a institucionalização da crença no poder discricionário dos juízes. A pergunta que fica é: como controlar esse poder concedido aos juízes?” (STRECK, 2014, p. 324/325).

Conceituando discricionariedade, e formando uma necessária conexão com o ativismo, como a “delegação em favor de um poder que não tem legitimidade para se substituir o legislador” (STRECK, 2014, p. 325), tem-se que a percepção de uma hermenêutica, em oposição ao positivismo, é necessário para a estruturação de uma Teoria da Decisão Judicial para não só minimizar, mas erradicar, a discricionariedade do pensamento jurídico.

É dizer que: este trabalho, ao preocupar-se com uma leitura constitucional da decisão judicial, preocupa-se, de uma forma ou outra, com uma leitura democrática da jurisdição. E não há nada mais antidemocrático que o solipsismo (as “escolhas” individuais e *ad hoc* realizadas por juízes no julgamento de lides) e a discricionariedade em si.

Balizando a estruturação de uma teoria da decisão judicial, Streck (2014) enuncia alguns princípios que vêm a servir como base de comentários mais específicos sobre alguns dos dispositivos centrais do Código de Processo Civil de 2015: (i) a preservação da autonomia do Direito, (ii) o controle hermenêutico da interpretação constitucional, (iii) o respeito à integridade e à coerência do Direito, (iv) o dever de justificação das decisões judiciais e (v) o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. A integridade compõe o coração, juntamente com a coerência, do art. 926, e assim será tratada. Eis o mesmo caso da resposta adequada à Constituição, vista no primeiro capítulo como uma forma de enfrentar o ativismo judicial, sendo vista aqui com uma roupagem ligeiramente diferente. De qualquer forma, é de se notar que os cinco princípios tratam de sistematizar o que já foi exposto até o momento: a separação e relação de complementaridade entre Direito e Política, integridade, a existência da *one right answer* (DWORKIN, 2007).

Parece crucial, para inclusive validar o que tem sido afirmado neste trabalho, que o Direito, para que cumpra seu papel de transformador da realidade social, tenha um elevado grau de autonomia. Desta forma, ele é autônomo e não interposto e corrigível pela economia, política e pela Moral. Nesse esboço, convém salientar que, muito embora a Moral possa vir a influenciar a criação e legitimação do Direito (num debate público), nunca pode servir como fator de correção, posteriormente, ao que é democraticamente posto e votado. Da mesma forma, esse princípio veda a pressão de forças revolucionárias, já que a Constituição é um remédio contra maiorias eventuais.

Nesta visão, o Direito vem a ser uma institucionalização da moral:

[...] não se deve ceder à tentação de corrigir o direito a partir da razão prática (ou do objetivismo ético ou qualquer forma de axiologismo). Sempre corremos esse risco. O direito é o produto de regras e princípios. Portanto, antes de “lançar mão” da razão prática, deve-se buscar a reconstrução da história institucional da regra e de sua inserção no conjunto principiológico. Não se aplica uma regra sem um ou mais princípios; e não se aplica um princípio sem uma regra (STRECK, 2014, p. 332).

A autonomia do Direito garante, assim, a sua própria condição de possibilidade e a do Estado Democrático de Direito. Ela não decorre, simplesmente, da leitura do Direito que é feita pelos órgãos judicantes, e sim de um controle da decisão judicial – feita, sobretudo, nos

termos da hermenêutica citada nos tópicos anteriores. Nos dizeres de Streck (2014, p. 333), “a autonomia do direito é garantida pela história institucional que conforma a comunidade política”. Disso se infere, numa última análise, que as decisões jurídicas devem estar vinculadas aos compromissos fundamentais da política comunitária. Esses compromissos possuem uma história e é justamente essa carga valorativa que adstringe a prolação de decisões futuras. Isto está, intimamente, ligado à noção de integridade do Direito e tradição gadameriana.

Numa segunda discussão, o controle hermenêutico da interpretação constitucional diz respeito à hermenêutica filosófica veiculada no segundo capítulo. É dizer que, se no primeiro princípio apresentado, a discricionariedade fragiliza a compreensão do Direito como ente autônomo, a compreensão hermenêutica deste, com a consequente formação de uma teoria da decisão judicial nesses moldes serve como um padrão de correção dessa mesma discricionariedade. É assim que se justifica o dever de estudo de uma teoria da decisão.

Esse segundo princípio tem para si que o fato de não existir, dentro do positivismo, um método de correção do procedimento administrativo não pode dar azo a interpretações arbitrárias eventualmente realizadas pelo juiz. Num modelo feito nesses termos, como constatado em Streck (2014, p. 334), “se o intérprete escolhe os sentidos, então a democracia depende do intérprete”.

É por isso que, conforme será mais bem delineado ao longo deste capítulo, a ponderação, como vista na obra de Alexy (2017), a alegação de existência de “zonas de penumbra” em normas tende a levar em consideração a discricionariedade, motivando a tomada de decisões nesse sentido. Em sendo assim, quando se diz que quem interpreta atribui sentidos ao texto, como construído ao longo do capítulo anterior, essa interpretação deve ter como limite, como baliza, a carga semântica do texto. Repise-se que isso não significa que se volta a confundir texto e norma – visto que são entes distintos – e que não se pode dizer tudo sobre tudo (STRECK, 2014).

Mais uma ressalva: um controle hermenêutico das decisões judiciais significa, em outras palavras, a aplicação da jurisdição constitucional e, muitas vezes, o uso da justiça constitucional como forma de efetivação dos princípios constitucionais diante da ineficácia da Constituição. Isso, como tratado anteriormente no trabalho, não pode ser visto como ativismo judicial por si só – já que só se atribui o selo ativista a um *decisum* na análise do caso concreto que deu origem àquela decisão. Colocando de lado toda a discussão sobre procedimentalismo e substancialismo, essa leitura do Direito não deve dar azo a interpretações discricionárias deste (ABBOUD, 2016).

Aparece, no esquema delineado por Streck (2014), com maior força, o princípio da justificação das decisões judiciais. É por isso que, “no Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado” (STRECK, 2014, p. 339).

É de se delinear, ainda, que, o dever de fundamentação torna obsoleta qualquer discussão sobre decisões de caráter cognitivista, assentadas, assim, num “princípio da verdade real”, não são assentes no Estado Democrático de Direito e no seu paradigma. Isto se deve ao fato de que não há padrão de correção possível, feito pelo próprio Judiciário ou pela sociedade em geral, se o juiz primeiro decide e depois fundamenta sua decisão.

Existem outros contornos, ainda, para esse dever. Ele ganha uma relevância maior, ademais, quando se considera a importância da transparência no plano democrático e em seu processo de aplicação das leis. Isto é, considerando que o Estado Democrático de Direito é, em si, o *estado d'arte* da aplicação deste como ente transformador da realidade, a fundamentação das decisões funciona como uma fiscalização desse potencial (STRECK, 2014).

Esse poder-dever, quando aplicado corretamente (e este é o espírito dos dispositivos do Código de Processo Civil citados ao longo deste trabalho), impede que vários paradigmas solipsistas e discricionários de uma teoria da decisão judicial, sem a devida filtragem constitucional de sua leitura dos dispositivos do CPC de 1973, venham a ter algum tipo de fruição nesta vigência do Código de 2015. É o caso de se reiterar: o art. 93, IX, da Constituição, promulgada em 1988, já proibiria qualquer leitura solipsista e discricionária do processo. Desta forma, fica proibida qualquer decisão que se limite a reproduzir teor de enunciado normativo o que, em qualquer caso, nega a singularidade do caso concreto.

No último dos princípios tratados por Streck (2014), a resposta adequada à Constituição ganha contornos mais sofisticados do que a forma com que é tratada em Abboud (2016). Trata-se, basicamente, de assegurar que todo cidadão tenha sua causa, direta ou indiretamente, julgada a partir e com fulcro na Constituição Federal. Guardando uma dependência com a forma e com o princípio da fundamentação, tem-se que esse último dever visa a garantir, em última instância, *sempre*, a força normativa da Constituição.

O direito à uma resposta adequada constitucionalmente estabelecida é, assim, assecuratório contra as interpretações discricionárias (e que fogem ao controle da intersubjetividade portanto) do texto constitucional.

A teoria da decisão judicial, nesse espeque, utilizando as benesses trazidas pelo *linguistic turn* do começo do século passado, negaria vertentes solipsistas da análise e

aplicação do Direito, privilegiando uma construção hermenêutica, fazendo concretizar-se a coerência, a integridade e a tradição, quando posta no sentido gadameriano do termo.

Disso tudo decorre que a fundamentação é direito fundamental – assim como, inclusive, reconhecido pela jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos (STRECK, 2014).

Num nível mais prático, é o caso de realizar o seguinte raciocínio:

f) Deve-se sempre perguntar se, à luz dos princípios e dos preceitos constitucionais, a norma é aplicável à hipótese (ao caso). Mais ainda, há que se indagar em que sentido aponta a pré-compreensão (*Vorverständnis*), condição para a pré-compreensão do fenômeno. Para interpretar, é necessário, primeiro, compreender (*verstehen*) o que se quer interpretar. Este “estar diante” de algo (*verstehen*) é condição de possibilidade do agir dos juristas: a Constituição (STRECK, 2014, p. 574)

Desta feita, a obtenção de uma resposta constitucionalmente adequada é a *applicatio* em si, já que, como visto em tópicos anteriores, é impossível cindir interpretação de aplicação do direito. Pautando-se em Gadamer, é possível ir mais longe: o acontecimento do texto constitucional só ocorre mediante a sua concretização. O Direito, dessa forma, é integração (teoria dworkiana) – o todo deve ser interpretado a partir da parte, sendo que a parte só adquire forma a partir do contexto do todo. Isto é, o Direito só pode ser entendido na e pela Constituição. Eis um ponto de retorno e de partida. O círculo hermenêutico referenciado anteriormente.

Feitas tais considerações, é necessário ter como claro que tais princípios devem substanciar não só a formação e a análise de uma teoria da decisão judicial utilizando como parâmetros legais o Novo Código de Processo Civil, mas também de parâmetro para a própria constitucionalização do Processo Civil no caso brasileiro.

3.2 Artigo 371: O fim do livre convencimento motivado

No capítulo anterior, tratou-se, em parte, do caráter reflexivo da historicidade. Verificou-se que é através dessa aproximação entre História e Hermenêutica (clássica) que foi extirpada a noção de um ser *ahistórico* e, portanto, alienado de tudo e de todos (COSTA, 2008b).

É nesse contexto que é possível falar de dogmas. Reconhecendo a vertente histórica do *ser* e dos próprios dogmas, estes veiculadas nas mais diversas ocasiões, é possível atestar, outrossim, o caráter mitológico dos discursos que os legitimam.

Um dos mitos que percorrem o imaginário jurídico brasileiro contemporâneo tem a ver com a forma de apreciação da prova, num sentido estrito, e com a forma de decisão judicial que se admite num sentido amplo. É o livre convencimento motivado. Previsto no art. 118 do Código de Processo Civil de 1973, aquele dispositivo menciona que:

Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio (BRASIL, 1973).

Em sendo assim, na vigência do Código de 1973, estatui-se a busca pela “verdade real”, aliado ao instrumentalismo processual (DINAMARCO, 2013). Foram ampliados os poderes ao Juiz condutor do processo, o que, desde já, significa dizer o mesmo que se autoriza uma era de protagonismo judicial. O processo, nesse esboço, é instrumento, nunca garantia de forma (LOPES JR., 2017).

O juiz, nessa visão, ao apreciar uma demanda, aprecia livremente a prova de forma a “motivar” sua decisão. Entretanto, a motivação nunca poderá ser o mesmo - de maneira a compartilhar do mesmo *status* hermenêutico²⁹ - que a fundamentação.

O chamado princípio (sic) da “verdade real” constitui uma carta branca para que o livre convencimento se assente no imaginário jurídico brasileiro. É o mesmo que dizer que poderia existir a possibilidade de separação entre uma suposta “verdade formal” [sic] (também chamada de “verdade processual” [sic]), como se a Realidade pudesse ser bipartida. É através desse falso princípio que se justifica toda sorte de abusos. É assim que, durante a vigência do Estatuto Processual Civil de 1973, era³⁰ facultado ao julgador julgar conforme sua consciência. Desta forma, primeiro se julga. Depois se fundamenta (ou, nesse caso, motiva-se). É nesse sentido que é direcionada a crítica à hermenêutica clássica: é impossível separar a interpretação em etapas, como quer Emilio Betti, por exemplo. Da mesma maneira, é impossível decidir e só assim fundamentar (ou motivar) e ainda permanecer num agir democrático condizente com o art. 93, IX, da Carta Política.

²⁹ Num parêntesis: se a fundamentação é naturalmente hermenêutica, a motivação, por partir do pressuposto de que o juiz primeiro decide e depois demonstra as razões que lhe teriam motivado, é metafísico, porque pressupõe uma cisão entre direito, sujeito e objeto.

³⁰ Essa linha de raciocínio desenvolvida pelo presente trabalho pressupõe, obviamente, que o art. 371 retira esse poder do juiz. Mais do que isso, entretanto, tem-se que é possível dizer que a Constituição de 1988, em seu art. 93, IX, já havia derogado os dispositivos do Código de 1973, então vigente, sobre o livre convencimento motivado.

O livre convencimento motivado teria bases mais antigas. Calçado numa moral burguesa e num realismo jurídico ainda (LEAL, 2002). Se a historicidade do Direito já coloca em xeque a objetividade de seu próprio discurso, é importante revisitar o discurso legitimador da voz de juiz que, supostamente, pode vir a julgar, livremente, de acordo com sua consciência³¹.

Antes mesmo do Direito romano, já havia a formação de um corpo de seres legitimados a opinar sobre o Direito, juristas que formavam uma aristocracia intelectual e “que, identificados com o príncipe que lhes conferia o direito de dar pareceres e criar normas em nome dele (*jus respondendi ex auctoritate principis*)” (LEAL, 2002, p. 57), quando se depara com o “princípio” (sic) do livre convencimento motivado “em nada se distinguem dos decididores da atualidade que imaginam salvar o Estado, o direito e a sociedade por uma jurisprudência e não por uma *jurisdiscência*” (LEAL, 2002, p. 57).

Prosseguindo com a análise dessa historicidade, é possível perceber, na tentativa de conferir ao juiz a capacidade de primeiro julgar e depois fundamentar, a existência de uma mixagem teórica interessante: há, concomitantemente, o método exegético retirado da jurisprudência francesa, que consiste, basicamente, numa idolatria à “legislação seca”; o culto do pandectismo alemão, que se revela no *corpus juris*³² e na sua verbetização e o empirismo dos ingleses, em que a *judge made law*, com auxílio da estratificação rígida das leis, poderia por fim pela via da jurisprudência na *common law* (LEAL, 2002).

Por via do que se veio denominar positivismo sociológico (capitaneado por Savigny), os juízes, seres sábios, seriam os intérpretes da lei quando esta, em si, fosse considerada insuficiente para traduzir o espírito clamante da população, o *Volksgeist* (outro conceito pouco

³¹ A palavra “consciência” pode ter um significado forte e essa posição pode até mesmo sofrer represálias por parte de positivistas exegéticos justamente por seu cunho crítico, mas, no imaginário jurídico brasileiro, julga-se de acordo com a consciência de cada julgador. Um exemplo maciço dessa prática é o fato do Superior Tribunal de Justiça manter, até mesmo depois da entrada em vigência do Código de Processo Civil de 2015, a mesma jurisprudência que diz que o juiz não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses levantadas pelas partes quando entender pela pertinência dos elementos necessários ao julgamento da causa. É cediço que não é possível adentrar a mente do julgador e extrair daí sua consciência. A única forma de saber se a tese levada a juízo por uma das partes seria se ela fosse apreciada. É por isso que esse posicionamento cria uma espécie de caixa preta jurídica somente acessível pelo próprio julgador, uma zona de penumbra inacessível às partes, o que é, naturalmente, antidemocrático e remonta à concepção religiosa do Direito. Seria, portanto, necessário confiar na suposta “sabedoria” do juiz na condução do processo e não no Direito em si.

³² *Corpus Juris*, entendido como “o direito de Justiniano, estudado em toda a Europa, desde o séc. XII d.C., e aceito oficialmente na Alemanha em fins do séc. XV, teve grande influência na formação do direito atual, refletindo-se na redação dos modernos códigos e, em especial, no Código Civil francês de 2 de março de 1804 e no Código Civil alemão de 1900” (JÚNIOR, 1997, p. 11 apud LEAL, 2002, p. 57)

explícito, o qual também é determinado pelos próprios juízes). Os aplicadores do Direito seriam “intérpretes sensitivos das leis sociais e humanas, cabendo-lhes a privilegiada construção de uma jurisprudência de interesses vitais da sociedade” (LEAL, 2002, p. 62).

Essa visão de mundo esteve presente no art. 118 do Código de Processo Civil derogado, e ainda está presente no imaginário jurídico - numa mixagem entre jurisprudência dos conceitos e jurisprudência dos interesses. Isto é, mesmo com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e com o seu art. 371, que traz disposições diametralmente opostas ao contido no Código anterior, enfrenta-se resistência. Porém, essa resistência não é somente um esquecimento (não só aqui um esquecimento do diferencial ontológico como visto anteriormente). Há recusa em aceitar o fim da previsão do livre convencimento motivado.

É dito que “o fato de não mais haver no sistema uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, não significa que o princípio secular do direito brasileiro deixou de existir” (GAJARDONI, 2015). Em defesa de tal posição, é mencionado, como esperado, que o “instituto” da livre apreciação da prova ou do livre convencimento motivado serve como antídoto à tarifação legal das provas, o que inexistiria desde os tempos do Brasil como colônia.

Essa resistência pode ser vista a partir de duas frentes de interpretação. É, ao mesmo tempo, a confissão de derrota frente à filosofia da consciência e não superação do esquema sujeito-objeto, em que o Direito aparece como ente desprovido de maior sentido. Ao mesmo tempo, pode ser qualificado como um esquecimento da Constituição, um sintoma da baixa constitucionalidade (STRECK, 2014). Isso ocorre porque é justamente através de uma leitura correta do art. 93, IX, da Constituição Federal e da obtenção de uma resposta constitucionalmente correta em face do art. 371 do Novo Código de Processo Civil é possível chegar, logicamente, à necessidade de abandono do livre convencimento motivado.

A busca pela dita “verdade real” e o livre convencimento motivado são empecilhos, como dito, a uma efetividade constitucional porque ainda representam um resquício de ilegitimidade não democrática (porque juízes não são seres dotados de capacidades especiais, são agentes políticos do Estado – devem ter *accountability*):

Aquela pseudo-ciência jurídica diluída à clarividência do decisor, tão cara aos realistas dos nossos dias, é que vem entrando, por textos quilométricos, o salto paradigmático para a concretização do direito democrático em face da factualidade hostil ao seu desempenho, deixando, em consequência, a versão de que de que a Constituição de direito democrático é uma arca de ilusões que tem de ser carregada e não aberta e aplicada pelo decisor, já que este poderia suprir, sanar, arrefecer ou

mitigar, por uma inteligência especial e inata, os exageros retóricos das democracias jurídicas inatingíveis (LEAL, 2002, p. 67).

Para esse tipo de raciocínio, não é raro ver posturas realistas, segundo as quais o Direito é realizado nas decisões judiciais. A decisão judicial, nesse sentido, seria capaz (na verdade, seria o primeiro legitimado para) de fundar o Direito. É daí que se denotam os métodos de interpretação das decisões e do Direito como um todo que tentam evidenciar funções sociais para que o próprio Judiciário evite a desconfiguração da sociedade (LEAL, 2002).

Existe, aí, obviamente, uma grande relação entre solipsismo – a decisão conforme (*als*) a consciência do magistrado de acordo com uma mera vulgata da filosofia da consciência, tratada no capítulo anterior – e o ativismo judicial, em que o Judiciário surge como guia a sanar os mais diversos problemas da sociedade, não sendo observado o mínimo para a garantia da separação das funções do Poder (art. 2º da Constituição Federal).

Faz-se importante estabelecer essa relação: em sendo o livre convencimento motivado caudatário do solipsismo, é um dos vícios que contribui com toda sorte de ativismos nos termos vistos anteriormente no primeiro capítulo do presente estudo. Acima de tudo, porém, é o caso de se rebater as alegações levantadas por aqueles que defendem o caráter “perpétuo” do livre convencimento motivado e da busca incessante pela “verdade real”. É aduzido que essa espécie de convencimento, em contraposição à sua versão “pura”, seria uma forma de evitar a volta à tarifação de provas, modalidade de pensamento processual em que são conferidos pesos estanques às mais diversas provas.

Muito embora essa noção tenha permanecido, graças, muito provavelmente, à manutenção da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, levando em consideração o aduzido anteriormente não é necessário socorrer-se na tarifação probatória para refutar o fim do livre convencimento motivado. Não se está mais diante do positivismo exegético ou diante da figura do juiz que sequer *interpreta* a lei. Esse argumento, levado como contrário à vigência do novo art. 371, desconsidera o giro linguístico do século passado e as lições da hermenêutica gadameriana e heideggeriana (STRECK, 2014).

A resposta a essa suposta refutação pode ser encontrada no próprio sistema do Código de Processo Civil e revela a necessária imbricação entre decidir e fundamentar. Com o art. 489, foram enumeradas várias proibições que guiam a fundamentação judicial, dando concretude ao previsto no art. 93, IX, da Constituição da República. É, portanto, inútil resistir a uma leitura constitucional do art. 371.

3.3 Artigo 489: Dever de fundamentação exaustiva da decisão judicial

O processo é condição de possibilidade (STRECK, 2016). Essa afirmação, num primeiro momento, pode parecer simplória. Afinal, é através do processo que se exerce uma gama de direitos tratados na Constituição. Na mesma toada, processo é garantia constitucional. Primariamente, corresponde à condição de possibilidade da própria democracia, visto que, como veículo de satisfação de pretensões dos próprios jurisdicionados, também serve à tutela de direitos e garantias fundamentais – mormente, a condição de ouvir e ser ouvido por terceiro neutro.

Surge como corolário dessas afirmações o fato de que a fundamentação, em assim dizendo, constitui uma condição de existência da própria democracia, sendo que “[a fundamentação] deveria ser a principal preocupação do jurista que já pertence ao terceiro milênio de uma sociedade irreversivelmente pós-convencional” (LEAL, 2002, p. 130).

Falar da decisão judicial, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, requer cuidado. Isto porque ela, obviamente, deve ser lida sob a condição da hermenêutica tratada no capítulo anterior, mas também sob a égide da teoria *discursiva interna*³³ de Dworkin a respeito da integridade como fundamento do Direito, algo estudado com mais parcimônia quando se comenta a respeito do art. 926 e demais desdobramentos do CPC.

Requer, outrossim, uma lembrança conjunta dos princípios carregados pelos primeiros dez artigos do novo Código de Processo Civil. Trata-se, e.g., de um “princípio” (sic) da cooperação³⁴. Aliado a esse “princípio”, tem-se a proibição da decisão surpresa no art. 10º - tratando da prolação de um *decisum* sem que todas as partes tenham a possibilidade de influir (daí o chamado dever de consideração das decisões) na prolação dela.

³³ Isso significa dizer, obviamente, que se é partidário de uma corrente que coloca as lições de Dworkin, mormente em *Império do Direito* e *Levando os Direitos a Sério*, além de uma teoria discursiva externa, porque ele, o autor, não pretende realizar uma teoria da interpretação geral e levada em consideração de maneira abstrata. Seu esforço é prático, quase pragmático, a respeito da questão da legitimidade, mas sempre falando de *dentro* dos discursos legitimadores do Direito. Eis, portanto, que a *teoria do direito como integridade* configura “uma interpretação da nossa própria cultura política, não uma moral política abstrata e atemporal” (DWORKIN, 1999, p. 216).

³⁴ Streck (2014) lembra que não é porque a legislação impõe um dispositivo como princípio que, necessariamente, ele deve ser lido como tal. Cita, ainda, a tentativa de embutir, no projeto do Código Penal em trâmite no Congresso Nacional, referência expressa ao princípio da insignificância, o que, ironicamente, daria caráter de regra ao princípio numa primeira análise. Acerca da própria noção do princípio da cooperação e a aparente inconstitucionalidade do art. 6º do CPC, vide STRECK, Lenio Luiz. A cooperação do novo CPC é incompatível com a Constituição. *Consultor Jurídico*. 23. dez. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em: 31. ago. 2017.

Isso traz efetividade à noção defendida por alguns (LEAL, 2002b) segundo a qual o ato decisório deixa de ser um ato singular proclamado por juiz ou colegiado, isto é, decorrente de um dos sujeitos do processo (considerando que a *applicatio* envolve sujeito do processo), que pela noção própria de democracia, existe fora de um procedimento volitivo da jurisdição. Colocando de forma mais simples: a decisão não é um ato final proferido por juiz singular ou Tribunal. No contexto da jurisdição constitucional, não se fala que o devido processo constitucional não é instituto que depende de guarda (por parte do Tribunais ou juízes singulares) porque o devido processo constitucional é o local de acontecimento da efetivação do Estado Democrático de Direito. A decisão judicial ganha novos contornos quando o jurisdicionado se entende como autor-colaborador do Direito (tendo poder de interpretação e argumentação³⁵) considerando a existência de um espaço jurídico processualizado:

O postulado de Habermas de que a força do direito nas democracias se expressa na circunstancialidade de os destinatários das normas se reconhecerem como seus próprios autores só é acolhível num espaço-jurídico processualizado (em conotações fazzalarianas e neo-institucionalistas) em que as decisões não seriam atos jurisdicionais de algum protetor ou mero provedor dos procedimentos democraticamente constitucionalizados (e devido processo legal, mas atos processualmente preparados na estrutura procedimental aberta a todos os sujeitos (partes: pessoas físicas, jurídicas, coletivas; órgãos judiciais; juízes; instituições estatais, Ministério Público e órgãos técnicos) figurativos e operadores dessa instrumentalidade jurídico-discursiva na movimentação efetivadora, correicional e recriativa dos direitos constitucionalizados por uma comunidade que se candidate a constituir, a cada dia, em sociedade jurídico-política democrática no Estado constitucionalizado (LEAL, 2002, p. 131).

Disso se assume que a decisão judicial é fonte da própria autodeterminação do jurisdicionado, que acaba servindo de corolário à dignidade da pessoa humana. Assim, a fundamentação de um *decisum* não constitui um mero favor por parte de quem decide, como o imaginário jurídico brasileiro tem construído desde a constituição de um Direito pátrio, já que essa autodeterminação mencionada acima se traduz, entre outras coisas, no direito de influir no seu próprio carma, i.e., no deslinde do feito processual.

Posto isso, o art. 489 trata do “dever de consideração” das decisões judiciais (BAHIA, 2015) porque o ato de decidir, no processo legal, não deve ser tomado somente como um ato solitário.

Voltando: o *caput* do texto lembra, ainda, a sistemática do Estatuto Processual anterior, sendo que a estrutura e técnica da sentença permaneceram imaculados. É no rol

³⁵ Considerando aqui toda a tecnicidade e especificidade da palavra “argumentação” na seara das teorias da argumentação.

trazido pelo § 1º que se constitui o delineamento de uma estruturação da decisão fundamentada. O art. 489, § 1º faz um juízo de valor negativo sobre a fundamentação. Não se consideram fundamentadas decisões que se limitam a indicar, reproduzir ou parafrasear texto de ato normativo. Disso decorre e, como o próprio art. 489, § 1º, I, trata, que essa mera indicação não será considerada fundamentação quando não se entrelaçar essa indicação com o que é tratado nos autos.

O art. 489, § 1º, I, abre um leque de questionamentos. Trata de dar concretude ao Direito e na apreciação do caso concreto. De maneira menos evidente, trata da aparente separação, ou, dependendo do ponto de vista, da *imbricação* do fato com o direito, tema sempre polêmico e que povoa o imaginário, o senso comum dos juristas (COSTA, 2008a) graças ao advento da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Primeiro, quanto à questão da concretude do Direito, isto é, a apreciação do caso concreto. Uma apreciação hermenêutica de cariz gadameriano e heideggeriano, como tratado no capítulo anterior, dá conta de informar que o texto não compreende tudo em si mesmo. Caso contrário, estar-se-ia diante de uma “coisa-em-si mesma”. Um imbróglio portanto. O nascimento da norma se dá no confronto da facticidade, parindo no cruzamento de horizontes ôntico (HEIDEGGER, 2006).

O tratamento entre fato e direito exige maior cuidado ainda. Esse trato advém das próprias circunstâncias do que prevê o texto: não será considerada fundamentada a sentença, acórdão ou decisão interlocutória que não estabelecer relação entre os enunciados normativos e o que é veiculado nos autos. É o que a doutrina clássica chama de matéria de fato.

Esse é um problema fundamental que se dá sobre a “pretensa relação necessária, direta e guiada pela suficiência da razão entre fatos e o sentido jurídico atribuído à prova” (COSTA, 2008c, p. 18).

Para o senso comum teórico dos juristas, existiria uma divisão fixa entre questões de direito, que estariam consubstanciadas numa suposta “vontade abstrata da lei” e de fato, presente em uma também suposta “vontade concreta da lei” (ou objetivo da lei). Exemplificando esse tipo de pensamento, tem-se que “a questão de fato importa em saber se certo fato existiu num determinado tempo e lugar, enquanto questão do direito consiste em assegurar-se que a lei contenha uma disposição desta ou daquela natureza, aplicável àquele fato individual” (ROSAS, 1997 apud COSTA, 2008a).

Entretanto, o as doutrinas processuais modernas também esquecem que toda questão de direito também, esconde, atrás de si, uma questão de fato, já que o Direito só existe para

dirimir casos concretos – eis a facticidade da vida percebida, inclusive, pela hermenêutica heideggeriana.

Muito embora a razão prática impõe a construção fictícia de uma diferenciação entre fato e direito para fins eminentemente recursais³⁶ e dogmáticos, é um tanto consensual que não existe uma separação total entre o que se convencionou chamar de fato e de direito.

Em tese de doutoramento³⁷, Neves (1967, p. 55) expõe o que já havia sido demonstrado até mesmo pela hermenêutica clássica: o direito encontra sua razão de existência no fato. O fato, assim, não existe para o Direito enquanto ainda não é matéria para sua aplicação. Em sendo assim, quando o fato é pensado, não é mais ele mesmo (até porque, rememore-se, não existem “coisas-em-si”) e sim Direito pela experiência totalizante desse mesmo pensar jurídico³⁸.

É esse sentido que deve ser atribuído ao art. 489, § 1º, I, do Código de Processo Civil quando este disciplina que deverá haver uma necessária imbricação entre o direito e o fato. Na verdade, não existe uma separação estanque. O que se exige, então, é concatenamento lógico-decisório. Espera-se a mesma “coerência narrativa” (COSTA, 2008a, p. 238) dos discursos da hermenêutica jurídica, como anuncia Dworkin (2007).

Feitas essas considerações, o art. 489, § 1º, II, do CPC, leva, outrossim, a outro impasse. O emprego de “conceitos jurídicos indeterminados”, sem uma necessária explicação sobre sua incidência no caso concreto, também seria causa de nulidade nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal.

É aí que o art. 489 revela um paradoxo presente no Novo Código de Processo Civil, o que acaba demonstrando a própria crise a que se refere esse trabalho, ou pelo menos uma instância dela: por mais que o art. 489 possa ser visto como uma necessária caminhada rumo à

³⁶ É como se a dogmática jurídica, ainda calcada numa razão metafísica, insistisse na manutenção desse ideal apenas para fins de confirmação do *status quo*, que é justamente a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça com a sua infame Súmula nº 7.

³⁷ É dito, frequentemente, que Castanheira Neves, na defesa de sua tese de doutorado, teve a última oportunidade de não olvidar esforços no sentido de tentar enfraquecer a tese, ainda bastante veiculada, de separação estanque entre fato e direito.

³⁸ Em síntese, “o direito não é elemento, mas síntese; não é premissa de validade, mas validade cumprida (...); não é prius, mas posterius; não é dado, mas solução; não ponto de partida, mas resultado; não está no princípio, mas no fim. (...) Pelo que o sem-sentido metodológico do esquema normativista-substantivo é agora uma evidência. Não é “o direito” que se distingue de “o fato”, pois o direito é a síntese normativo-material em que o “facto” é também elemento, aquela síntese que justamente a distinção problemática criticamente prepara e fundamenta. E se quisermos referir o direito às suas já conseguidas objectivações (as normas, as instituições, os precedentes), então há que ter em conta que só o podemos pensar juridicamente se restabelecermos aí, no seio dessas objectivações do direito constituído, aquela mesma problemática (e aquela mesma distinção) constituinte” (NEVES, 1967, p. 586).

constitucionalização do Processo Civil no Brasil, e a tomada de ciência sobre a hermenêutica (e, malgrado, teorias discursivas), ainda persiste no imaginário um apego estanque a formas positivistas jurídicas. No caso em apreço, ao positivismo sociológico de Savigny. O art. 489, § 1º, II, fala em “conceitos jurídicos indeterminados”, que nada mais são que uma espécie de “cláusula geral” que o juiz, o mesmo ser omnicompreensivo a que se fez alusão, criticamente, no capítulo anterior, pode “preencher”, de acordo com sua consciência, para extrair dela seu significado (DINIZ, 2009 apud STRECK, 2014). Um exemplo de cláusula geral é a “função social da propriedade”, prevista no Código Civil de 2002, que teria, supostamente, valor a ser preenchido pelo bem entender do julgador. É, obviamente, mais um fomentador de discricionariedades de decisões judiciais.

Essa visão é devida, novamente, ao esquecer fundamental do diferencial ontológico (HEIDEGGER, 2006) partindo-se de um olhar anti-hermenêutico. Essa visão também valida um voluntarismo interpretativo que deságua, sempre, no decisionismo em que se decide conforme sua consciência.

É o caso, portanto, de se retratar a impossibilidade de convivência de “conceitos jurídicos indeterminados” do art. 489, § 1º, II, com uma visão minimamente constitucional do tema – isto é, que trate da eficácia do art. 93, IX, da CF.

Uma saída - uma salvação do texto, diga-se, tal como numa *verfassungskonforme Auslegung* - seria interpretar o inciso II daquele parágrafo tal como se fez com o inciso I. Se, como assentado, não há uma dissidência fulcral entre fato e direito, e se não há como tratar de conceitos indeterminados, já que, devido ao círculo virtuoso hermenêutico (GADAMER, 1999), é preciso falar sempre de uma pré-compreensão, então há a necessidade de entender o inciso II como o dever de entrelaçamento e consistência lógica da decisão. Uma coerência narrativa dentro do discurso interno do Direito (COSTA, 2008a).

A crise ainda é tão perceptível que se faz necessário aprofundar um pouco a distinção feita, dentro do imaginário jurídico, de agora, de fato e direito – para fins, inclusive, de explanação sobre os “conceitos jurídicos indeterminados” de acima.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas sustentam que é direito subjetivo das partes fazer constar das decisões judiciais descrição fática importante para servir de meio a interposição de recursos especial e extraordinário:

Se o tribunal local só inclui expressamente na decisão os fatos em que efetivamente se fundamentou a solução normativa encontrada, e não aqueles que foram por ele desprezados, porque considerados, por exemplo, irrelevantes, não tendo sido levados em conta, fica inviabilizada a

demonstração, para fins de mera admissibilidade do recurso excepcional, que a decisão deveria ser outra, porque outros fatos deveriam ter sido considerados pelo Tribunal a quo para decidir.

O tribunal já não poderia omitir-se quanto à descrição desses (outros) fatos, à luz do CPC de 1973, segundo sustentamos. No entanto, à luz do CPC de 2015, não poderia haver mais dúvidas (art. 489, p. 1º, IV).

A inadequação do *decisum* aos fatos constantes dos autos é questão de direito (como sustentamos no item 14) e pode dar ensejo à interposição a ao provimento de recurso especial ou extraordinário. Por isso, é necessário que a parte tenha o correlato direito de ver incluídos expressamente na decisão os fatos que considera relevantes para que se possa reputar ser outra a conclusão a que deveria ter chegado o Tribunal *a quo* (ALVIM; DANTAS; 2017, p. 345)

Isso torna o exercício do art. 489, p. 1º, IV, impossível de servir de alegação de violação de dispositivo de lei federal para fins de interposição de recurso especial (art. 105, III, “a”, CF) porque, mesmo depois da interposição de embargos de declaração (eventualmente conhecidos, mas negados), para que seja demonstrada a sua violação, é necessário revolver fatos não descritos na decisão e encontráveis nos autos. Eis uma hipótese de superação da Súmula nº 7. Sendo assim, é impossível falar de “conceitos jurídicos indeterminados” porque também é impossível cindir fato de direito e vice-versa.

Posto isso, o inciso III do art. 489, § 1º, III, trata da vedação a um *decisum* que se preste a fundamentar qualquer outro. É mais um caso de negativa de prestação jurisdicional (vide, ainda, a proibição do *non liquet*, uma noção notoriamente pragmática) que envolve a não percepção da concretude do Direito. A concretude do Direito tem mais a ver ainda com a individualização do caso e com a noção falsa que se tem espalhado, ultimamente, sobre os precedentes, algo mais bem esmiuçado quando se tratar do art. 926.

Percebe-se, assim, que muito o que é dito no art. 489 decorreria, logicamente, de uma interpretação totalizante do art. 93, IX, da Constituição. Diz-se totalizante porque, pelo saber heideggeriano, não se interpreta o todo sem as partes e as partes sem o todo. Na prática, isso se revela no fato de que muitos dos incisos trazidos pelo art. 489, § 1º são mera decorrência do citado dispositivo constitucional.

Isso não significa, porém, que o inciso IV não traga, provavelmente, o teor mais importante de todo o art. 489. É dele o dever de consideração, segundo o qual o juiz deve responder a todas as teses capazes de, em tese, refletir na prolação do *decisum*.

A problemática desse inciso reside exatamente em saber quais seriam as alegações capazes, em tese, de infirmar a decisão. É o caso de se dizer que a parte final do art. 489, § 1º, IV, é um retrocesso: a única forma de saber se as teses influenciariam na tomada de decisões seria, obviamente, se elas fossem abordadas por essa mesma decisão (do que o inciso IV não

trata como dito). Na verdade, a parte final do inciso IV cria um paradoxo. A única forma de entendê-lo é retirando a vigência dele através da sua declaração de nulidade parcial sem redução de texto. É que, como a única forma de avaliar se a tese consegue ou não influenciar a decisão é deixando que o *decisum* seja, finalmente, influenciado por ela (porque não existe grau zero de sentido), e como não é possível invadir a consciência de julgadores, é preciso que toda a matéria seja levada à discussão³⁹.

Os incisos V e VII tratam de uma matéria extremamente importante: ao mesmo tempo, dizem respeito às alegações das partes e, de maneira ainda mais impactante, tratam de enunciados de súmulas ou precedente invocado por quaisquer das partes. É uma temática que é facilmente absorvida pelas hipóteses dos outros incisos. Entretanto, a sua menção é explicada pelo destaque que é dado aos deveres de coerência, integridade e estabilidade enumerados no art. 926, os quais serão mais bem vistos adiante.

O art. 489, como dito, trouxe a um nível infraconstitucional o que já deveria constar do imaginário jurídico brasileiro. É de se dizer, portanto e novamente, que a fundamentação das decisões possui cariz constitucional - é prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal. Em decorrência dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal teve já oportunidade de se pronunciar a respeito da matéria. No âmbito do AI 79129 Q-O, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, com repercussão geral reconhecida (Tema n° 339), ficou assentado, ainda sob a égide do Código de Processo Civil, que o julgador não é obrigado a responder a todas as questões e objeções levantadas pelas partes, no processo, na decisão, desde que julgue que tenha elementos suficientes para infirmar sua decisão⁴⁰. Eis a teoria do livre convencimento motivado confirmada pelo próprio STF.

Entretanto, deve ser apontado que até mesmo a decisão que deveria, pela importância da questão que vem a dirimir, ser bem fundamentada, falha ao não emplacar os critérios básicos de integridade e coerência – vide os requisitos e passos para obtenção de uma resposta minimamente íntegra nos termos do primeiro capítulo deste trabalho.

³⁹ Ressalvada, obviamente, a discussão sobre direito processual nas preliminares (bem como pedidos sucessivos, exclusivos, etc.) e no direito material quanto às prejudiciais de mérito.

⁴⁰ Eis a ementa do acórdão: “1. Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral” (BRASIL, 2010).

É que o voto vencedor no Agravo de Instrumento referido acima, em que foi reconhecida a repercussão geral e discutida o dever de fundamentação, proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, cita precedentes sem a devida individualização de suas *ratio decidendi*. Na maioria dos julgamentos referenciados no voto, a questão nem mesmo é discutida. Ironicamente, a decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal responsável por dirimir o alcance da norma constitucional referente à fundamentação não é, nem mesmo, razoavelmente, fundamentada. Lima (2015) revela o problema:

A situação, entretanto, é ainda mais absurda. Ocorre que nenhuma das 14 decisões enumeradas no voto do relator são, por si só, instrumentos hábeis a compor exemplos de julgados do STF acerca da questão que se desejava reconhecer a repercussão geral.

Dez dos julgados citados restringiram-se a citar emendas [*sic*] de julgados anteriores como se fossem leis, aplicando-os através de silogismos, sem sequer explicitar os fundamentos utilizados nos precedentes aleatoriamente adotados; outro acórdão utilizado como precedente sequer tratou diretamente sobre a temática, decidindo, na verdade, o contrário, quando admite que o acórdão seja considerado fundamentado quando, apesar de sucinto, enfrente todos os argumentos da parte.

Dos 03 precedentes ainda restantes, um trata-se de decisão monocrática que não enfrenta a questão discutida senão de maneira reflexa, e, mesmo assim não logra êxito em apresentar um só motivo que leve à conclusão proferida pela ministra de que o acórdão atacado realmente havia demonstrado de modo satisfatório as razões de seu convencimento (LIMA, 2015).

A despeito da interpretação antidemocrática conferida pelo Supremo Tribunal Federal a um caso de grande importância para a teoria da decisão judicial, deve-se dizer que o art. 489, na sua integralidade (ressalvadas questões analisadas logo adiante), trouxe, num juízo de valor negativo, as bases para a coerência e integridade de uma decisão judicial.

Na verdade, aliado ao fim do livre convencimento motivado, trouxe a facticidade e o caso concreto de volta à discussão jurídica no terreno da decisão judicial. Na verdade, como dito, inclusive resplandeceu no acalorado incômodo que existe entre fato e direito⁴¹. Porém, como será tratado adiante, o artigo fulcral sobre a fundamentação das decisões, no Novo Código de Processo Civil, possui problemas que precisam ser dirimidos. Melhor dizendo, interpretados.

3.3.1 Artigo 489, § 2º: A ponderação como sinônimo de decisionismo e solipsismo

⁴¹ Curiosamente, é uma interpretação abusiva do art. 926 e do art. 927 (o último enumerando diversos enunciados a serem observados pelos Tribunais) que retirará a facticidade recém conquistada do Direito atribuindo caráter vinculantes a “precedentes” quando, na realidade, tal pensamento trata de uma sistemática de simplificação na *applicatio* do Direito.

Eis que o art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, ao tratar sobre o dever de fundamentação (criando, para tanto, uma lista de proibições de conduta), criou um salvo-conduto para casos em que há “colisão entre normas”: institui que o juiz, diante dessa situação, poderá lançar mão da “ponderação” (*Abwägung*).

Evidentemente, essa é a ocasião em que se estará diante de *hard cases*, questões em que, eminentemente para Dworkin (2007), o Direito não irá ofertar uma solução pronta nos e pelos critérios de subsunção⁴².

É diante dessa dinâmica que o Novo Código de Processo Civil trouxe à vigência, em caráter taxativo, o critério (ou método, como se preferir chamar) da ponderação fixado por Robert Alexy em sua *teoria dos direitos fundamentais* (ALEXY, 2017).

Antes de adentrar-se o mérito da teoria de Alexy, é necessário realizar alguns comentários sobre a necessidade de tomada de partidos, pela própria legislação, acerca de métodos interpretativos ou cânones em particular. Quando se fala em ponderação, não se fala no *balancing* de Dworkin (2011). Fala-se num concatenamento de teses complexas desenvolvidas e, justamente por tratar-se de um método⁴³, não compõe o debate público necessário para a tomada de uma medida desse jaez. Por esse motivo, chega a ser antidemocrática a determinação de uso da ponderação na prolação de sentenças, acórdãos ou qualquer tipo de decisão judicial.

Surgem, ainda, outros questionamentos a respeito dessa previsão do art. 489, § 2º, do CPC. Uma dúvida é se esse parágrafo vincularia a atuação do magistrado ou em que exatos moldes esse intrincado sistema de aplicação do Direito tomaria forma⁴⁴. Nesses casos, é preciso, primeiro, entender o raciocínio formulado pelo jusfilósofo alemão.

⁴² Os *hard cases*, ou casos difíceis, como a doutrina pátria tem os tratado, podem ser definidos como os casos levados ao Poder Judiciário que não têm uma resposta enquadrada, desde já, ao *texto legal* (pelo critério da subsunção, isto é, claramente metafísico). Em outras palavras, não são passíveis de “solução” por meio do critério da subsunção – isto é, adequação do caso à “norma”. Existe controvérsia quanto à existência dos *hard cases* propriamente dita, visto que é questionada, atualmente, a própria confiabilidade dos critérios de ponderação, bem como as análises dos casos ditos “fáceis” promovidas pelo critério de subsunção. Para os fins do presente trabalho, entretanto, é atestada a existência de tal classificação, assim como prenuncia Dworkin (2007).

⁴³ Justamente por se tratar de um método, opõe-se à ideia hermenêutica de um círculo virtuoso e pré-compreensão. Portanto, Alexy, mesmo que sem querer, esbarra na metafísica e na filosofia da consciência. É que o método pressupõe, anteriormente, uma resposta já formulada que, inclusive, antecede a pré-compreensão a que Martin Heidegger faz alusão em seu *Sein und Zeit* e que encontrou reforço nas ideias de Gadamer.

⁴⁴ Interessante tese de doutoramento de Fausto de Moraes indica, ironicamente, que das mais duzentas vezes em que o Supremo Tribunal Federal teria, pretensamente, lançado mão da ponderação, em nenhum desses casos houve uma recepção correta dos ideais de Alexy. Vide MORAIS, Fausto Santos de; STRECK, Lenio Luiz. *Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF*. São Paulo: JusPodvm, 2016.

A teoria de Alexy parte, primariamente do estudo da postura do Tribunal Constitucional alemão (STRECK, 2015). Nessa toada, encabeça a tese de que a Constituição (particularmente a alemã) seria um conjunto, um ordenamento de valores. Alexy também acredita numa imbricação entre Direito e Moral, esta que é feita necessária pela ocasião da existência de direitos fundamentais. Daí se volta a Dworkin e a existência, concomitante, de *hard* e *easy cases*, em que nos casos fáceis seria respeitada a clássica regra da subsunção (amoldamento do fato ao direito sem maiores complicações). A ponderação concentra, entretanto, seus maiores esforços teóricos para justificar a resolução dos *hard cases*, em que não existiriam respostas pelos moldes - métodos - clássicos admitidos anteriormente (ALEXY, 2017). Isso ocorreria dada a “abertura semântica” dos direitos fundamentais, sendo os princípios “mandados de otimização”, tendo em vista que inclusive entram em colisão (daí a previsão do art. 489, § 2º, do CPC), devendo o intérprete socorrer-se na ponderação (de princípios).

Atribuindo juízes de valores a princípios e ao texto constitucional em si, é desta forma que a relação entre Direito e Moral (uma espécie de Direito em si, concreto e fático) aparecem dentro da teoria alexyana. É assim que Alexy propõe a aproximação entre o Direito em sua concretude (dimensão real) e uma chamada “pretensão de correção” (TRINDADE, 2013), uma chamada dimensão ideal do Direito, o que formaria, em tese, uma necessária vinculação ao *dever-ser* como visto na teoria pura do Direito. Eis a distinção metafísica entre fato (aqui visto como realidade) e direito.

Nessa jusfilosofia, nos casos em que o direito positivo não tiver respostas prontas (ou satisfatórias) levando em conta a concretude de cada caso levado ao Judiciário (os chamados *easy cases*, os casos fáceis), aí os princípios jurídicos deverão ser levados em consideração num exercício de sopesamento. Tudo através da argumentação jurídica: a racionalidade da decisão (o seu grau de *correção*, assim dizendo, usando termos dworkinianos), de forma que a decisão judicial tentaria encontrar um espaço comum existente a intervenção e a satisfação dos princípios. Alexy (2017) também aponta outra variável na formulação de sua teoria da decisão. É preciso que, de alguma forma, exista algum consenso sobre o conteúdo fático do que esteja sendo debatido, adquirindo a discussão um grau de certeza (aqui, novamente, tem-se que Alexy distingue questões de fato de questões “tipicamente” de direito), uma variável denominada “confiança na premissa fática”⁴⁵ (TRINDADE, 2013). Uma decisão bem

⁴⁵ A fórmula de peso elencada por Robert Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais pode ser assim descrita:

“ $W_{ij} = I_i - W_i - S_i$ ”

fundamentada, utilizando esses pressupostos colocados agora, seria aquela que expõe as questões argumentativamente bem.

Existem, aqui, dois problemas a serem percebidos pelo menos. Um diz respeito à ordem prática (a aplicação da teoria alexyana pelos Tribunais brasileiros, acentuando-se, aqui, a leitura realizada pelo Supremo Tribunal Federal particularmente).

Em tese de doutoramento, Morais (2013) demonstra que, numa análise de 189 casos, ao longo de uma década, os ministros do Supremo Tribunal Federal não aplicaram a tese alexyana de ponderação de princípios, com o rigor científico necessário e citado acima, corretamente em nenhuma oportunidade. Em alguns casos, a violação ao concatenamento de etapas para a obtenção da ponderação foi patente:

Em algumas decisões, o princípio da proporcionalidade foi invocado por mais de um ministro, levando, contudo, a posições absolutamente antagônicas. Isso pode ser visto, por exemplo, no julgamento do conhecido caso Ellwanger (HC 82.424/RS) – criticado duramente por Marcelo Cattoni –, ou, ainda, na decisão relativa à (i)legalidade na quebra do sigilo bancário (AC 33 MC/PR). Aliás, por falar em quebra de sigilo bancário, é difícil engolir o argumento sustentado no HC 90.298/RS, em que se invocou a proporcionalidade para quebrar o sigilo bancário sempre que a utilização da prova ilícita servir para realizar outro valor fundamental mais relevante. Mas qual é o valor fundamental relevante o bastante? Quem define esse valor? Trata-se de um juízo discricionário? O juiz pode escolher o valor que mais lhe aprouver? Me parece pouco democrático, não? (TRINDADE, 2013)

Além desse aspecto prático, há um que diz respeito ao cerne dos ditames alexyanos. Remetendo-se à hermenêutica clássica (muito embora Alexy tenha dito que a hermenêutica é insuficiente para o Direito enquanto teoria da compreensão⁴⁶), nessa teoria há adoção de um método, de um procedimento, como se a interpretação pudesse ser, assim, dividida em etapas (eis, aí, de uma vez por todas, a diferença entre a ponderação e o *balancing* dos escritos de Ronald Dworkin).

A ponderação também não resolve o problema oriundo da discricionariedade judicial. Há, nas etapas fixadas na ponderação, ainda um resquício de decisionismo. Há de se admitir

$I_j - W_j - S_j$

I = interferência ou satisfação

W = peso abstrato do princípio

S = confiança na premissa fática” (TRINDADE, 2013).

⁴⁶ Em novembro de 2013, Robert Alexy palestrou na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ocasião na qual também recebeu o título de doutor *honoris causa* pela instituição. Naquela oportunidade, respondendo a alguns questionamentos da plateia, disse que a sua Teoria dos Direitos Fundamentais, que tem como um de seus braços a ponderação, seria uma resposta à incompletude à hermenêutica moderna, que se assenta em autores como Dworkin e Gadamer (TRINDADE, 2013).

que o impasse que deu origem à necessidade da ponderação não pode ser logicamente atacado a partir de um ponto neutro – daí a inevitável discricionariedade. Eis que o resultado de processo interpretativo de sopesamento criará um espécie de Norma Fundamental (*Grundnorm*) que servirá para a solução de casos similares. Ironicamente, tal proposta não exclui a questão da subsunção do caso à norma – somente tende a reforçar sua aplicabilidade (STRECK, 2015).

Há quem assente a absoluta inconstitucionalidade do parágrafo segundo do art. 489 (STRECK, 2015). Entretanto, até o momento, é o caso de fiscalizar uma aplicação minimamente comprometida da teoria alexyana, não a ponderação à brasileira, como sua vulgata vem sendo construída. Desde o Supremo Tribunal Federal até os níveis mais difusos da jurisdição.

Mesmo assim, a opção do Novo Código de Processo Civil por uma teoria absurdamente controvertida no âmbito acadêmico e institucional é bizarra. Em sendo assim, uma aplicação conforme a Constituição – nos termos do art. 93, IX, da Carta – levaria a dizer que fundamentação não é o mesmo que ponderação. E vice-versa. Nem poderia ser. Em sendo assim, o art. 489, § 2º não poderia vincular por uma simples questão de técnica legislativa: a Teoria da Argumentação Jurídica (ALEXY, 2017) fala em colisão de princípios, nunca de normas. A própria noção de colisão é absolutamente controvertida, remetendo-nos à questão de diferenciação entre *easy cases* e *hard cases*.

Por derradeiro, essa discussão ainda levanta outros questionamentos: o parágrafo segundo não é democrático, de forma que insere numa proposta de teoria judicial, forçosamente, uma referência à ponderação de cunho alexyano. Não há integridade, no sentido dworkiniano da palavra, nessa construção legislativa. É por isso que se pugna por uma leitura constitucional – revelando, assim, sua incompatibilidade com o art. 93, IX, da Constituição Federal – desse dispositivo.

3.4 Artigo 926: Direito como integridade e coerência

Como tratado no capítulo anterior, uma das noções trazidas pelo *linguistic turn* do século passado foi a *tradição* num conceito gadameriano. A norma não existe no texto em si. Ela não cabe no texto. Depende de um olhar circular. Ela se projeta para o futuro na sua aplicação, mas também guarda relação com a historicidade, com o intérprete.

Assim como o art. 489 depende de uma leitura constitucional (em consonância com o art. 93, IX, da Constituição na sua máxima potencialidade), o art. 926 depende da

consideração de um contexto, um entendimento (*verstehen*) bem delineado, uma compreensão prévia.

A linguagem do art. 926 é concisa: os Tribunais deverão manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Dessas três palavras principais, estabilidade, integridade e coerência, surge um dos cerne de uma teoria judicial nos termos do Código de Processo Civil. É dizer: debater o art. 926 e o seu alcance, suas limitações, sua historicidade e, principalmente, a forma com que irá vincular a atividade jurisdicional, requer um amplo debate, também, sobre o quanto dito sobre a estabilidade, a integridade e a coerência dentro de um arcabouço teórico muito bem especificado.

A integridade referenciada aqui assinala a preocupação com o quanto desenvolvido, no âmbito da construção jusfilosófica, de Ronald Dworkin. A coerência é igualmente preocupada com uma índole pragmática do texto do art. 926: refere-se à teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick.

A necessária integridade do Direito se relaciona com uma série de princípios: a unidade da Constituição (e, por derivação, de todo o ordenamento jurídico), a harmonização entre normas, o efeito integrador, o princípio integrativo e, por fim, o princípio da proporcionalidade⁴⁷.

Como visto, a integridade:

[...] é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada

⁴⁷ Aqui cabe uma explanação sobre como tais princípios não são meros enunciados performativos e como eles se relacionam com a noção de integridade no Direito: sobre o princípio integrativo, “em termos tradicionais, o aludido princípio significa a busca pela resolução dos problemas jurídico-constitucionais por meio de interpretações que beneficiem a integração política e social, atendendo a uma das finalidades primordiais do Estado Democrático de Direito, que é o fortalecimento da unidade político-institucional. Sua aplicação está associada ao princípio da unidade da Constituição. Assim, segundo a concepção de Canotilho, nos momentos de conflito entre normas constitucionais sempre devem prevalecer interpretações que levem a soluções pluralisticamente integradoras - CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1224.” (STRECK, 2014, p. 336). É interessante observar que, para o autor citado, a proporcionalidade cede lugar à coerência e à integridade, de maneira que a proporcionalidade deixa de ser uma espécie de “super princípio” e passa a ser um vetor interpretativo.

solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”, como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso — a morte do personagem — não fosse condição para a construção do capítulo seguinte (STRECK, 2016)

É possível argumentar, desde já, que a integridade é condição de possibilidade da democracia, já que é o que confere legitimidade ao Direito. Basicamente, ordena que, num nível legislativo, aquele *branch* legisle de forma a observar a moralidade do Direito posto. Num nível do Judiciário, ordena que juízes decidam observando e argumentando de acordo com o *conjunto* do Direito – nunca de maneira alienígena e fora de contexto.

A integridade também dispensa a existência de decisões judiciais eivadas de discricionariedades e decisionismos, respeitando, assim, toda uma comunidade principiológica (STRECK, 2014).

Posto isso, haverá integridade quando casos idênticos partilharem da mesma fonte de princípios que ajudou a direcionar um determinado julgamento, o que, de forma alguma, dispensa a força normativa da Constituição nesse caso.

A coerência, vista em MacCormick (2006), possui um caráter mais pragmático, “no sentido de que numerosas normas de um sistema jurídico deveriam ‘fazer sentido’ quando consideradas em conjunto” (MACCORMICK, 2006, p. 197). Esse “fazer sentido” da obra de MacCormick pondera que “conjuntos de normas podem ser de tal natureza que todas elas sejam compatíveis com alguma norma mais geral” (MACCORMICK, 2006, p. 197). Diversamente disso, estatui, também, uma definição de princípio: se alguém considerar a norma mais geral, em discussão, justa e sensata, poderá o grupo de pessoas considerar tal norma um “princípio”, o qual teria o condão de explicar e justificar as regras específicas traçadas em função dessa norma geral (MACCORMICK, 2006).

Fundando a discussão, tem-se, assim, que uma análise da presença de “coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário” (STRECK, 2016).

É possível vislumbrar que o art. 926 possuirá pelo menos duas leituras por parte da doutrina e, principalmente, pela jurisprudência: parte da consciência coletiva ao redor do dispositivo fará dispor que existe, tão somente, um dever de estabilidade e, assim, de segurança jurídica – o entendimento, portanto, anterior à entrada em vigência do Código de Processo Civil de 2015. Esquece-se do teor da parte final do artigo, particularmente em relação à integridade e coerência.

Uma leitura mais justa – e que prima por olhar o novo com o olhar de novo efetivamente – deve levar em consideração toda a carga epistemológica oriunda do que vem a ser a coerência e a integridade, vendo-as, finalmente, como decorrência, sempre, do dever de fundamentação das decisões judiciais. É esta a visão que merece ser mais aceita.

3.5 Artigo 927: A questão do precedente

O art. 927 do Código de Processo Civil tem sido alvo de debates acalorados no meio da doutrina e da jurisprudência. Ao prever que os Tribunais e juízes, no momento de prolação de suas decisões, *observem*⁴⁸ (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, (ii) os enunciados de súmula vinculante, (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados, surgiu discussão interessante acerca da força vinculante a respeito de uma suposta e necessária vinculação das decisões dos Tribunais e juízes singulares também.

Para parte da doutrina, o Código de Processo Civil teria trazido à vigência, no Direito brasileiro, um sistema de precedentes (MARINONI, 2015).

O art. 927 trava, portanto, uma verdadeira questão de relevantíssima importância no tocante à teoria da decisão judicial porque uma interpretação com base na Constituição é necessária para que, justamente, não se desmereça o que foi alegado e comentado até o momento neste trabalho. Isto é, o art. 927 deve ser interpretado de forma a possibilitar uma leitura hermenêutica – nos termos lançados no segundo capítulo, diga-se – e íntegra e coerente, respeitando-se o dever de fundamentação previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal, e trazido à legislação infraconstitucional pelo art. 489 do Código de Processo Civil atual.

⁴⁸ Algo que merece apreciação e que não tem sido, suficientemente, discutido, é, justamente, o alcance da palavra “observem”. Um setor da doutrina, capitaneado por Marinoni, sustenta que a observação a que o art. 927 vincularia, verdadeiramente, os Tribunais, sendo mandatário que levem em consideração a *ratio decidendi* de determinados tipos de provimentos jurisdicionais. Entretanto, uma leitura da Constituição leva a sentido contrário: o que pretendem os *commonlistas* é justamente a mudança de competência de Tribunais da federação através do Novo Código de Processo Civil, o que é uma atitude de constitucionalidade duvidosa (STRECK, 2016).

Para que seja possível atribuir uma interpretação conforme a Constituição ao art. 927, é necessário, antes de tudo, tentar conceituar o precedente seguindo um retrato histórico do instituto. Delimitar o objeto de estudo.

Parece ser consenso que a doutrina dos precedentes obrigatórios (*doctrine of binding precedent* ou, ainda, mais famosamente conhecido, o *stare decisis*) é produto originário da *judge made law* (STRECK, 2014). Nesta visão de Direito, seu objeto não seria fruto do trabalho do Poder Legislativo, sendo, posteriormente, aplicado pelo Poder Judiciário; no caso, o Direito é o resultado de aplicação contínua, ao longo de um período de tempo, por juízes que aplicam regras esparsas, princípios e costumes. O juiz, analisando caso a caso, deve respeitar o teor do julgado em caso anterior e idêntico, ressalvadas as hipóteses de *overruling* (revisão do *decisum*) (STRECK, 2014). Dessa decisão extraem-se os fundamentos últimos da decisão (*ratio decidendi*, as razões fundamentadas na decisão sem a qual o julgamento não teria sido proferido da maneira que foi) e o *obter dictum*, fundamentos tidos como acessórios⁴⁹.

Como dito, a questão do precedente – visto aqui como o *stare decisis* - é controversa tomando como ponto de partida. No ponto de vista do *common law* norte-americano, citem-se posições simpatizantes e opostas à doutrina do precedente.

Nas palavras do Justice Lewis Powell, antigo juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, “[e]limination of constitutional *stare decisis* would represent an explicit endorsement of the idea that the Constitution is nothing more than what five Justices say it its. This would undermine the rule of law”⁵⁰ (MONAGHAN, 1988 apud FARBER, 2005, p. 01)⁵¹.

⁴⁹ Essa noção, a de que o *obter dictum* é somente uma parte acessória da decisão (tratando, geralmente, de matéria fática), é controversa. Bustamante (2012) sustenta que nem sempre o *obter dictum* não influenciará ou será *ratio decidendi*, bastando analisar se, por exemplo, uma matéria de fato influenciou o direito discutido nas próprias razões de fundamentação da decisão.

⁵⁰ “Eliminação do *stare decisis* constitucional representaria uma aceitação implícita da ideia de que a Constituição não é mais do que cinco Juízes dizem que ela é. Isso rui o Império da Lei” (tradução nossa)

⁵¹ Essa leitura privilegiada do *stare decisis* é devida, pelo menos em parte, em função do local especial que a Constituição ocupa no imaginário norte-americano. Entretanto, isso não impede que a Constituição (sua figura tanto cultural quanto concreta) esteja sob ataque. Em síntese, a supremacia e unidade interpretativa da Constituição estão sob ataque: “On closer inspection, however, even the Constitution's revered status falls short of justifying every kind of interpretive and argumentative approach that we see in practice.” (SERKIN; TEBBE, 2016, p. 705): “Numa análise mais próxima, entretanto, até mesmo o status de reverência da Constituição não dá conta de justificar todo tipo de método argumentativo e interpretativo que nós vemos na prática” (tradução nossa).

Já, na visão do Justice Scalia, também ex-juiz da Suprema Corte norte-americana, que enxerga o *stare decisis* como um verdadeiro obstáculo à jurisdição constitucional a ser exercida de maneira plena:

In any case, I would think it a violation of my oath to adhere to what I consider a plainly unjustified intrusion upon the democratic process in order that the Court might save face. With some reservation concerning decisions that have become so embedded in our system of government that return is no longer possible... I agree with Justice Douglas: “A judge looking at a constitutional decision may have compulsions to revere past history and accept what was once written. But he remembers above all else that it is the Constitution which he swore to support and defend, not the gloss with his predecessors may have put on it.” Or as the Court itself has said: “[W]hen convinced of former error, this Court has never felt restrained to follow precedent. In constitutional questions, where correction depends upon amendment and not upon legislative action this Court throughout its history has freely exercised its power to reexamine the basis of its constitutional decisions. (SCALIA, 1989 apud FARBER, 2005, p. 02)⁵²

Mesmo com as divergências apontadas acima, há o consenso de que o precedente representa um dos pilares do sistema do *common law* explicitado anteriormente. Tal método de aferição e criação do Direito possui suas próprias particularidades. Como, por exemplo, a formação do precedente judicial cuja *ratio decidendi* (razão última de julgamento) será utilizada, junto com os seus princípios, para embasar o julgamento de casos ulteriores.

No *common law*, “no nosso sistema, o costume e o precedente estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de *common law* podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar [*statute*]” (HART, 2007 apud STRECK, 2016). Até mesmo Herbert Hart, um positivista confesso, assume a diferenciação entre o que é legislado e o que viria a ser precedente.

Ainda sobre o *common law*, tem-se que a caracterização de um precedente é construída em sentido inverso ao proposto por entendimentos diversos: ele nasce de baixo

⁵² “De qualquer forma, eu acredito que seria uma violação ao meu juramento, a que aderi, do que eu considero uma flagrante e injustificada intrusão ao processo democrático para que a Corte possa manter sua reputação. Com alguma reserva em relação a decisões que se tornaram tão incorporadas no nosso sistema de governo que a volta não é mais possível.... Eu concordo com o Justice Douglas: ‘Um juiz olhando para uma decisão constitucional pode ter compulsões para reverenciar o passado e aceitar o que já foi uma vez escrito. Mas ele lembra que, acima de tudo, está a Constituição que ele jurou apoiar e proteger, não o brilho que seus predecessores colocaram nela’. Ou como a Corte em si tem dito: ‘Quando convencida sobre um erro passado, esta Corte nunca se sentiu impedida de seguir um precedente. Em questões constitucionais, quando a correção depende de uma emenda e não de ação legislativa, esta Corte, ao longo de sua história, tem exercido, livremente, seu poder de reexaminar as bases de suas decisões constitucionais’ (tradução nossa).

para cima, dos mais baixos graus de jurisdição até as chamadas Cortes de Vértice. E não o contrário.

De qualquer forma, uma *ratio decidendi* não pode ser contida em um outro texto, um entendimento sumular (eis um legado dos pandectistas), já que, graças a isso, perderia a sua natureza, sua essência, de razão última argumentativa da decisão sem a qual perderia sua razão de existência.

Entretanto, parcela da doutrina e da jurisprudência entendem que o Código de Processo Civil teria inserido um sistema de precedentes vinculante. Tal posicionamento possui grandes reflexos na constitucionalidade de tais considerações, bcm como reflexos institucionais no âmbito do papel dos Tribunais Superiores e do pacto democrático (ABBOUD, 2016).

Por exemplo, tal entendimento vem, primariamente, do próprio Poder Judiciário. No âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário nº 655.256, pelo Supremo Tribunal Federal, em que o Ministro Edson Fachin teria considerado a inserção do *stare decisis* no Brasil. Em última palavra, seu voto no RE atestou que caberia, após a entrada em vigência do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, às Cortes de Vértice - as Cortes Superiores, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça -, a formação de teses vinculantes que deverão ser observadas pelos demais tribunais difundidos pelo território nacional, bem como juízes singulares. Em outras palavras: *vincula-se o Judiciário*.

A doutrina brasileira tem aceitado posicionamento semelhante. A passagem seguinte resume o pensamento esposado pela dogmática favorável à inserção do Brasil num sistema de precedentes:

os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ao direto ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas. No momento em que os juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do significado do texto legal, mas, depois da decisão interpretativa elaborada para atribuir sentido ao direito, estão obrigados perante o precedente (MARINONI, 2015 apud STRECK, 2016)

Há, da mesma forma que se entende pela impossibilidade de realização de atividade de interpretação no ato de aplicação de Direito (cindindo, como quando da hermenêutica clássica, o ato de interpretação da *applicatio*), há quem entenda pela capacidade legislativa das Cortes de Vértice (PEREIRA; ZANETI, 2016).

A recepção da dogmática jurídica brasileira, em relação ao afã aos precedentes, vem de antes da vigência do Código de Processo Civil. Bustamante (2012) constrói um conjunto

de regras sistematizado, num nível pragmático, para a aplicação dos precedentes no Direito brasileiro particularmente. Em sua visão, classifica os precedentes em obrigatórios em sentido forte e de obrigatoriedade em sentido frágil. Formula argumentação em favor de sua aplicação observando critérios clássicos de subsunção e de “ponderação de princípios e de regras” (BUSTAMANTE, 2012).

Tais formas de aplicação - subsunção e ponderação - ainda estão vinculadas a um quadro solipsista do pensamento jurídico como mais bem detalhado no capítulo anterior.

É o caso de se dizer que nem todos os provimentos jurisdicionais trazidos pelos incisos do art. 927 são, efetivamente, ou podem ser vistos como precedentes. É consenso, até mesmo para Marinoni (2015), que acredita na proibição interpretativa dos juízes e Tribunais Estaduais e Regionais, que súmulas vinculantes e julgamentos em casos repetitivos não tratariam, *a priori*, de precedentes propriamente ditos - muito embora, claramente, possuem caráter obrigatório de observância - precedentes são criados de forma participativa e escalonada no Judiciário, nunca imposto por uma suposta Corte de Vértice, utilizando, agora, a terminologia do Ministro Edson Fachin.

Tais esclarecimentos - desde um rápido comentário sobre a natureza do precedente no *common law* até a exposição de um pensamento sobre os precedentes à brasileira - para demonstrar uma necessária leitura, conforme a Constituição, do art. 927 do CPC.

Isto porque, como vem sendo delineado o pensamento ao redor desse dispositivo, o Judiciário, na prática, estaria autorizado a legislar, não sendo feita qualquer ressalva quanto à posição da legislação democraticamente votada e posta pelo Legislativo.

Isso demonstra a necessária cautela quando da discussão dos precedentes em relação a uma teoria da decisão judicial.

Tem sido defendida, desde o primeiro capítulo, a existência de uma crise paradigmática do Direito (STRECK, 2014), demonstrada, aqui, por um de seus expoentes, o ativismo judicial, sendo esta crise solucionável através de uma percepção do ferramental trazido pelo *linguistic turn* do século passado e pela hermenêutica filosófica de caráter heideggeriano e gadameriano. Tudo isso possibilita a análise do Código de Processo Civil com vistas à adoção, de maneira sistematizada pelo Código, de uma teoria da decisão judicial.

Chega a ser curioso, entretanto, que um Código de Processo Civil teoricamente responsável pela constitucionalização do Processo Civil, através de uma abertura democrática possibilitada pelo direito fundamental da fundamentação da decisão judicial, seja o mesmo responsável por reforçar o ativismo judicial, uma “supremocracia”, que uma leitura inconstitucional do art. 927 pode acarretar.

É certo que eventuais modificações da estrutura do Poder Judiciário e dos julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores são regulamentados e modificáveis por via da Constituição. Se tudo passa a ser vinculante, desaparece o conceito de “causa” previsto nos artigos 102 e 105 da Carta da República. Desta forma, não poderia o Código de Processo Civil ser o responsável por eventual mutação constitucional⁵³ desses dispositivos.

Sendo assim, uma teoria da decisão judicial deve primar por essas considerações, mormente pelo caráter antidemocrático e inconstitucional de um Poder Judiciário que venha a legislar e vincular a tudo e a todos.

Como bem assentado por Abboud (2016), é impossível vincular tudo, seja por súmulas, seja por supostos precedentes. É necessário o “eterno retorno ao caso concreto” (ABBOUD, 2016, p. 758).

O caso concreto é, muitas vezes, a razão de existência do processo e só é plenamente exercitado com a presença de uma devida *accountability* através do dever de fundamentação. Eis que é voltando ao caso concreto que se devolve a facticidade ao Direito e, com uma decisão justificada, é assim que é possível começar a falar em democracia num Estado de Direito.

⁵³ Por si só, um conceito altamente controverso. Como notado por Pedron (2012) e tratado alhures, a mutação constitucional é mais um desdobramento conceitual do positivismo jurídico.

CONCLUSÃO

Toda grande teoria do Direito que pretende ter alguma consideração maior que, simplesmente, alguns postulados filosóficos escassos e esparsos deve cuidar de uma única palavra inicialmente: *legitimidade*. É estudando uma pretensa legitimidade que o Direito possui para atuar, diretamente, na vida das pessoas, que se enxerga o maior problema da democracia no século XXI: colocando a verdade sem muitos embaraços, trata-se de saber quem tem poder para realizar o quê e, num segundo momento, de onde vem esse poder autorizador. É aí que Direito e Política se encontram.

No projeto de República que foi forjado no âmbito da promulgação da Carta da República em 1988, esse poder deriva do povo – e aqui não cabe discutir se esse povo possui ou não uma vontade geral ou se essa definição é demasiadamente romântica para os tempos complexos que vieram desde aquela fatídica data. Aqui importa dizer que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, instituiu um Estado Democrático de Direito e que tal momento histórico deve ser lido de acordo com suas próprias particularidades. Um Estado Democrático de Direito constitui um *plus* normativo em relação aos Estados que antecederam esse modelo de sociedade.

É dizer: a Constituição tratou de quebrar um paradigma anteriormente posto e colocou a legitimidade da atuação do Estado no centro das atenções. Formulou-se um texto dirigente e compromissado com a transformação da realidade social. Um texto constitucional anterior, ligado até então à ideia de um Direito meramente organizador do Estado e fundado sobre a premissa de existência de direitos e garantias formais (sem que houvesse qualquer ideia de ação afirmativa desse mesmo ente) deu lugar a uma Carta que, ao olhar tanto para o passado quanto para o futuro, lança a promessa da existência de uma nação fundada nos ideais da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, tendo como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Esse foi um pacto realizado na promulgação do texto constitucional. Entretanto, todas essas promessas realizadas, tanto pela sociedade quanto pelo próprio aparato estatal, dependem de uma efetiva compreensão do que vem a ser uma Carta da República, uma Constituição. Esse, na verdade, é o trabalho de todo jusfilósofo quando se depara com as Constituições subscritas após a Segunda Guerra Mundial. Primando não só pela organização do Estado, mas também projetando a noção de direitos humanos e forjando um ideal de vida boa e justa, questiona-se até que ponto a sociedade brasileira tem internalizado esse

sentimento. Parafraseando um ministro do Supremo Tribunal Federal, o sentimento de Constituição do povo brasileiro.

A resposta é que a concretização, o verdadeiro *acontecimento* do texto constitucional, tem ocorrido de forma aquém daquilo inicialmente teorizado. É dizer, também, o óbvio por ora: a simples promulgação de um texto legal que, verdadeiramente, refundou a sociedade brasileira requer um esforço interpretativo diferente do que tinha sido efetivado até então. É necessário olhar o novo através dos olhos do novo.

Nesse sentido, instaurou-se, com a vinda do texto constitucional de 1988, uma crise de paradigmas no imaginário jurídico brasileiro: de um lado, um texto garantista e que promete o sustento de um Estado Democrático de Direito na sua acepção totalizante do termo; de outro, a permanência de uma leitura liberal-individualista do Direito que repercute em métodos interpretativos preparados, tão-somente, para o confronto de lides intersubjetivas e não para a proteção da sociedade e direitos coletivos em si.

Uma não percepção do texto de 1988 também levou, com o passar dos anos, a uma leitura diametralmente oposta a essa citada até agora. Com o surgimento de teorias argumentativas, bem como com a importação inadequada da jurisprudência dos valores e jurisprudência dos conceitos vindas do além-mar, surgiu no imaginário jurídico brasileiro a noção de existência de um pamprincipiologismo. Também aliado ao fato de uma não adequada recepção do neoconstitucionalismo, decidiu-se que o Poder Judiciário é capaz (e, assim, possui legitimidade para tanto) de dizer tudo acerca de tudo.

Esse é o paradoxo do Direito no caso tipicamente brasileiro: ora, institui-se uma ética liberal-individualista; ora, crê-se numa noção gigantesca do Poder Judiciário.

Tal crença levou à crise anunciada acima. Entretanto, ela vem de muito tempo. Advém de uma leitura positivista do Direito que, num último estágio, surge na forma da discricionariedade judicial tratada neste trabalho.

No fim, a crise se traduz numa tempestade perfeita que, muito embora tenha causas diversas que remontam a épocas muitas vezes distintas, tem no ativismo judicial um exemplo clássico.

O ativismo judicial é, acima de tudo, um ataque às funções do Poder estatuído no artigo segundo da Constituição Federal. Ele enfrenta a noção fulcral de legitimidade colocada acima. Existirá decisão ativista quando o órgão prolator da decisão não tiver a legitimidade para tanto. Isto é, quando realizar Política.

E a legitimidade é um dos conceitos mais caros a este trabalho e ao problema do ativismo judicial. Isto porque o Estado Democrático de Direito traduziu a questão do Poder e

da Política de forma a dispensar uma Teoria do Estado em favor da construção de uma Teoria Geral da Constituição.

Muito embora possa ser dito, sem reservas, que a Política ocorre a partir do Direito, tendo em mente que a Constituição efetivamente é o *ente* e o *ser* encarregado de possibilitar a existência da democracia como projeto de Estado, existe um limiar que deve ser respeitado. Enquanto a Constituição funda a Política, a Política não pode ruir o Direito como o conceito interpretativo e que emana das instituições jurídicas e que é democraticamente votado. Eis que existe uma relação simbiótica entre os entes citados; são interdependentes; entretanto, não são o mesmo.

O ativismo judicial vive dessa verdadeira confusão institucionalizada entre Direito e Política. Aliada à crise paradigmática que, em suma, nasce de uma inefetividade crônica da Constituição como acontecimento responsável por refundar a sociedade brasileira, eis a crise e, novamente, a tempestividade perfeita.

Esse é o diagnóstico feito por esse trabalho. Seria demasiadamente ingênuo supor que somente um diagnóstico da realidade (e da Realidade) bastaria para ter qualquer tipo de relevância teórica. É por isso que a superação desse paradigma de crise, inserido dentro desse senso comum teórico em que os juristas contemporâneos estão colocados, é necessária com a devida apreensão do que vem a ser a Constituição. Claramente, toda Carta da República possui particularidades e contextos imanentes a si. O que este trabalho trata é do fornecimento de uma chave interpretativa: muito da crise do Direito brasileiro advém de uma verdadeira crise de interpretação que se instaurou há tempos.

A superação dessa crise é obtida através de um arcabouço que, muito além de ser meramente teórico, trata efetivamente das ciências do espírito. É através da superação da vulgata da filosofia da consciência que se instaurou na dogmática brasileira que pode se ter algum sucesso para que se perceba o acontecimento do texto constitucional.

É que, mesmo após o *linguistic turn* trazido pela revolução travada por Martin Heidegger e Gadamer, no início do século passado, com as contribuições, por exemplo, de Friedrich Müller, continuou-se pensando da mesma forma: por intermédio do esquema sujeito-objeto da vulgata aludida acima, pensava-se o Direito como conceitos estanques e desvinculados da realidade. Com o pensar hermenêutico e a vinda de uma teoria da interpretação e, num último estágio, uma teoria da *compreensão* do mundo nos vieses propostos por Gadamer e Heidegger, não se pode mais negar o caráter eminentemente factual do Direito. O intérprete não mais está desvinculado do Direito – não se nega a subjetividade dele; aproveita-a. Norma e texto não mais se confundem. Não existem mais “métodos”

prontos e acabados para a interpretação. Ou, pelo menos, não devem subsistir mais. O Direito não é premissa, mas validade. Eis alguns enunciados que podem ser extraídos de uma construção de uma Crítica Hermenêutica do Direito nos moldes anunciados no trabalho.

Não são somente esses arcabouços que podem contribuir para a superação dessa crise paradigmática – que, rememore-se, compõe uma falta de recepção do texto constitucionalmente, de uma leitura hermenêutica dele, bem como uma leitura agigantadora do Poder Judiciário.

O Código de Processo Civil de 2015, com a sua tríade de artigos 371, 489 e 926 (bem como a noção que traz de princípios fundamentais do Processo Civil), representa a constitucionalização do Processo Civil no Brasil e é um marco contra a crise deflagrada pelo decisionismo, solipsismo e pelo ativismo judicial.

Em verdade, tal tríade de dispositivos possibilita pensar, de maneira esquematizada e a partir do próprio Código, em uma teoria da decisão judicial. É através do fim do livre convencimento motivado do artigo 371, da justificação das decisões do artigo 489 e do dever de coerência, integridade e estabilidade do artigo 926 que é possível pensar em disposições teóricas mais ou menos harmônicas.

O Código de Processo Civil tem como matriz teórica o artigo 93, IX, da Constituição, que trata do dever de fundamentação das decisões judiciais. Em verdade, eis a razão de existência do próprio Código: a fundamentação das decisões judiciais que, na prática, representa o limite da atuação judicante.

A justificação é direito fundamental inclusive reconhecido, como tanto, pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Está, umbilicalmente, ligada à noção de legitimidade do Direito e do próprio Poder Judiciário. Isso ocorre porque os membros do Judiciário não são eleitos democraticamente. Por isso, assim como ocorre com os outros ramos do Poder, devem obediência à Constituição, mas num nível diferente: decidem, sempre, por princípio, nunca discricionariamente. Por outro lado, os membros do Legislativo e do Executivos decidem por argumentos de política. Isso tudo para manter o equilíbrio entre as funções estatais, que é corolário da democracia.

É por isso que uma teoria da decisão judicial também envolve uma leitura constitucional do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015. Enquanto o artigo anuncia que os Tribunais e juízes observarão alguns tipos de enunciados jurisdicionais, alguns setores da doutrina brasileira tem se dedicado a usar rios de tinta para formular uma teoria do precedente e, com isso, uma teoria da decisão judicial em que o Direito é vinculado, de cima para baixo, pela jurisprudência dos Tribunais Superiores: as chamadas Cortes de Vértice

(Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) são responsáveis por formular precedentes em sentido forte e em sentido fraco. Dependendo da aplicabilidade de tais teorias acerca do precedente judicial, tem-se mais um predador da teoria do Direito como integridade como se conhece.

É dizer: o dever de fundamentação das decisões é cerne de uma teoria da decisão judicial, ao passo que se preocupa com a questão da legitimidade do Direito. Como dito, membros do Poder Judiciário não são eleitos; desta forma, sua legitimidade decorre da boa fundamentação de suas decisões.

Esse é o centro de uma teoria da decisão. Porém, como ficou assentado neste trabalho, ela envolve a interconexão com outros temas, todos contribuindo com as suas conclusões: a razão de existir do Direito através de uma teoria da interpretação judicial, uma teoria das normas e teoria das fontes e uma Teoria do Estado (ou, como dito alhures, uma Teoria Geral da Constituição).

Isso acaba revelando o caráter circular deste trabalho, assim como do conhecimento que tentou se construir aqui. É que falar do cerne destas digressões – a fundamentação das decisões – sempre remete a questões como a função do Direito, bem como sua razão de existência e, finalmente, a legitimidade desde e de onde ela decorre – a primeira questão destas considerações finais. Tentou-se responder à questão colocada inicialmente: a legitimidade das decisões judiciais decorre de sua conformidade com a Constituição.

Tal afirmação pode parecer simples; decorre da própria noção de Constituição e da de Estado Democrático de Direito. Entretanto, como tudo, ela possui meandros que se escondem na própria razão e condição última do jurídico: a facticidade do caso concreto.

A crise apontada no começo deste trabalho decorre muito de um esquecimento ontológico da razão de existir do Direito, o caso concreto, e isso acaba resplandecendo, inclusive, na tentativa de criação de uma teoria dos precedentes vinculantes.

Muito embora essa crise possa, com um esforço hercúleo, que se admita, ser resolvida através do enunciado pelo descobrimento da Constituição e seu desnude, existe uma resistência.

É por essa mutação constante, bem como devido à própria natureza inconstante que envolve o fenômeno jurídico, que não se buscou formular respostas prontas e acabadas para os problemas da decisão judicial, ativismo, solipsismo, decisionismo e, de maneira mais impactante, a crise em sua totalidade. Disso se infere pelo menos duas conclusões: a verdade é condizente com a temporalidade da vida e o objeto de estudo *nunca* se esgota, razão pela qual se pretende desenvolver maiores considerações em estudos e trabalhos futuros.

Em tempo: é através de uma decisão fundamentada que o Direito encontra sua concretude e encontra a justificação para sua própria existência. É que, por mais que nem todos possuam direito a tudo (e isso se resolve no caso concreto, dada alguma previsibilidade da decisão judicial em casos similares), todos têm o direito de serem ouvidos e considerados. Não só a nível formal, mas também a nível material.

Isso é democracia.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Consultor Jurídico. **Fundamentação exauriente do novo CPC não se aplica a juizados especiais**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-mai-14/francisco-glauber-fundamentacao-exauriente-nao-aplica-juizados>>. Acesso em: 05. set. 2017.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; JÚNIOR, Humberto Theodoro; PEDRON, Flávio Quinard. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BALTAZAR, Antônio Henrique Lindemberg. **Jurisdição Constitucional e pluralismo no pensamento de Peter Häberle**. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/download/34/11>>. Acesso em: 25. set. 2017.

BARROS, José Márcio. **A crise e a cultura**. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecult2009/19557-3.pdf>>. Acesso em: 13. jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. [s. n.]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e Ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____, Luís Roberto. **Constituição, Direito e política**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>>. Acesso em: 25. set. 2017.

_____, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista**: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 05. abr. 2017.

BASTIAT, Frédéric. **A Lei**. Disponível em: <http://www.mises.org.br/Ebook.aspx?id=17&login=show#=_>. Acesso em: 25. set. 2017.

BENOIST, Alain de. **Causa Racional**. Julius Evola. Disponível em: <<http://www.causanacional.net/index.php?itemid=346>>. Acesso em: 13. jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 79129 Q-O**. Recorrente: HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo. Recorrido: Fernando Soares de Lima. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes, 23 de junho de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1308830-RS**. Recorrente: Google Brasil Internet LTDA. Recorrido: Cleres Maica. Relator: Nancy Andrichi, 08 de maio de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrado: Relator do Habeas Corpus nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20. mai. 2016.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 05. set. 2017.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20. mai. 2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Precedente Judicial**: a Justificação e Aplicação de Regras Jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

_____, Thomas da Rosa; BUSTAMANTE; Evanilda de Godoi. **Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o Passivismo Procedimental e o Ativismo Substancialista do STF**. In: Direito & Práxis. Vol. 07, n. 13, p. 346-388, 2016.

CAEIRO, Alberto. **O Guardador de Rebanhos**. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/pe000001.pdf>>. Acesso em: 01. abr. 2017.

CANÁRIO, Pedro. **Consultor Jurídico**. STF muda entendimento e passa a permitir prisão depois de decisão de segundo grau. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-fev-17/supremo-passa-permitir-prisao-depois-decisao-segundo-grau>>. Acesso em: 05. abr. 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Achamento do método**. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; Streck, Lenio Luiz (Org.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Olavo de. **Teses sobre o poder**. Disponível em: < <http://www.seminariodefilosofia.org/teses-sobre-o-poder/>>. Acesso em: 13. out. 2017.

CHAUÍ, Marilena. **O mito fundador do Brasil (segunda parte)**. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/fol/brasil500/dc_1_6.htm>. Acesso em: 05. abr. 2017.

COMARC, McCarthy. **The Kekulé Problem: Where did language come from?**. Disponível em: < <http://nautil.us/issue/47/consciousness/the-kekul-problem>>. Acesso em: 05. set. 2017.

COSTA, Alexandre Araújo. **Hermenêutica Jurídica**. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/>>. Acesso em: 01. set. 2017.

_____, Alexandre Araújo. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-filosofica/>>. Acesso em: 01. set. 2017.

COSTA, Henrique Araújo. **Reexame de Prova em Recurso Especial: A Súmula 7 do STJ**. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/livros/reexame-de-prova-em-recurso-especial-a-sumula-7-do-stj/>>. Acesso em: 01. set. 2017.

DESCARTES, René. **O Discurso do Método**. [s.n.] São Paulo: Ícone, 2006.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. [s.n.] Cambridge: Harvard University Press, 2011.

_____, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARBER, Daniel A. **Berkeley Law**. The Rule of Law and the Law of Precedents. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1693>>. Acesso em: 14. set. 2017.

FREUD, Sigmund. **O Mal-Estar na Civilização**. 13. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Jota**. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>>. Acesso em: 05. set. 2017.

GUÉNON, René. **The Crisis of the Modern World**. 4. ed. New York: Sophia Perennis, 2004.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HEGEL, Georg W. F. **Fenomenologia do Espírito**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 1. ed. São Paulo: Vozes, 2006.

HERRERA, Luiz Henrique Martim; RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Interpretação constitucional: **Notas sobre procedimentalismo e substancialismo**. Disponível em: <<https://www.univem.edu.br/jornal/materia.php?id=200>>. Acesso em: 05. abr. 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HUSSERL, Edmund. **A Crise das Ciências Europeias e a Fenomenologia Transcendental**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2012.

JOHNSON, Constance A. **Truth & Justice**. Disponível em: <<https://www.loc.gov/loc/lcib/0912/dworkin.html>>. Acesso em: 05. abr. 2017.

JR., Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 04. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 69-85, Julho 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002013000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05. abr. 2017.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Landy, 2002.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A democratização das indicações para o Supremo Tribunal Federal do Brasil**. [s.n.] In: Revista latino-americana de estudos constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LIMA, Stephane. **Direito Diário**. A má fundamentada jurisprudência do STF acerca dos requisitos para a devida fundamentação das decisões judiciais. Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/a-ma-fundamentada-jurisprudencia-do-stf-acerca-dos-requisitos-para-a-devida-fundamentacao-das-decisoes-judiciais/>>. Acesso em: 09. set. 2017.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOLINA, Stan. **Série ensaios – Sobre a confusão institucionalizada e seus filhos**. Disponível em: <<http://grandetratado.blogspot.com.br/2014/04/serie-ensaios-sobre-confusao->

e-seus.html?m=1>>. Acesso em: 07. abr. 2017. Thierry Boutsen é o pseudônimo de Stan Molina.

MORAES, Romulo. **Memória e esquecimento**. Disponível em: <<https://clubinhodastrevas.wordpress.com/2017/07/17/memoria-e-esquecimento/>>. Acesso em: 27. abr. 2017.

MORAIS, Fausto Santos de; STRECK, Lenio Luiz. **Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF**. São Paulo: JusPodvm, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Prefácio**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. (Org.). *Teorias da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

NEVES, António Castanheira. **Questão-de-facto questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica [s.n.]. Tese de doutoramento em Ciências Jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967.

PAULA, Rodrigo Uchôa de. **O princípio da pluralidade dos poderes e seu correlato aumento de representatividade**. In: SILVA, Matheus Passos (Org.); SANTOS, Ruth Maria Pereira de (Org.). *O papel do Direito na solução das demandas contemporâneas*. São Paulo: Vestnik, 2016.

PEDRON, Flávio Quinardi. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI, Hermes Jr. **Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?** Disponível em: <https://www.academia.edu/28271350/Por_que_o_Poder_Judici%C3%A1rio_n%C3%A3o_legisla_no_modelo_de_precedentes_do_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_de_2015?auto=download>. Acesso em 14. set. 2017.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.

POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. 1. ed. Santos: Martins Fontes, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of Law. **Duke Law Journal**. Durham, [s.n.], n. 3, p. 511-521, jun. 1989.

SERKIN, Christopher; TEBBE, Nelson. **Cornell Law Review**. Is The Constitution Special? Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2656&context=facpub>>. Acesso em: 15. set. 2017.

SILVA, Fernando Teixeira da. **Violência patropi**. Disponível em: <<http://teoriaedebate.org.br/index.php?q=estantes/livros/brasil-mito-fundador-e-sociedade-autoritaria>>. Acesso em: 05. abr. 2017.

SOUSA, Ulisses César Martins de. **Consultor Jurídico**. Entre o dever de fundamentação das decisões e a jurisprudência lotérica. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-18/ulisses-sousa-entre-fundamentacao-jurisprudencia-loterica>>. Acesso em: 05. abr. 2017.

STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. [s.n.] Ijuí: Unijuí, 2002.

STONE, I.F. **O Julgamento de Sócrates**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____, Lenio Luiz Streck. **Consultor Jurídico**. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 05. abr. 2017.

_____, Lenio Luiz Streck. **Consultor Jurídico**. O novo CPC e o discurso de servidão voluntária dos juristas brasileiros. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-19/senso-incomum-cpc-discurso-servidao-voluntaria-juristas>>. Disponível em: 19. mai. 2016.

_____, Lenio Luiz. **Consultor Jurídico**. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em 14. set. 2017.

TRINDADE, André Karam. **Consultor Jurídico**. Robert Alexy e a vulgata da ponderação de princípios. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-16/diario-classe-robert-alexey-vulgata-ponderacao-principios>>. Acesso em: 09. set. 2017.

WARAT, Luís Alberto. **Manifesto do Surrealismo Jurídico**. [s.n.]. São Paulo: Cultura Acadêmica, 1988.