

Processo constitucional e decisionismo judicial

Carolina Mello Suave
Advogada em Minas Gerais

RESUMO

Sob a égide do paradigma do Direito Democrático e visão pós-positivista, importa refletir a respeito das normas constitucionais (regras e princípios) estruturais do processo jurisdicional, averiguando a implementação do que se denomina devido processo constitucional, respeitados os direitos e garantias individuais, em especial o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, bem como os fundamentos da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito, entre eles a dignidade da pessoa humana. Na perspectiva de Direito Democrático, apenas é possível admitir a existência do processo por meio do procedimento em contraditório, como única forma de legitimar a atuação do Estado, sendo que as várias teorias e modelos de processo que não se apoiam nessas bases são inadequados à realidade jurídico-normativa em vigor e inaceitáveis constitucionalmente. Diante disso, propõe-se a análise da legitimidade das decisões judiciais, que devem ser construídas pelas partes do processo mediante o exercício do contraditório, de maneira que a relação entre os sujeitos do processo seja horizontalizada (participação em simétrica paridade de todos, em qualquer procedimento) e nunca verticalista (decisão solitária do juiz). Ainda, sobre as decisões, veremos que as fundamentações devem se restringir a normas jurídicas constitucionais, e nunca a critérios exteriores aos dispostos no ordenamento jurídico ou conceitos metajurídicos, para que sejam legítimas, pois determina a Constituição Federal de 1988 que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes que integram o Poder Legislativo do Estado, e somente as produções normativas que passam pelo procedimento democrático de criação são fonte de direito e dever. A partir da Constituição Federal de 1988, necessária se faz, ainda, a releitura de alguns textos normativos, com o intuito de estabelecer suas interpretações no sentido de se adequarem ao paradigma por ela instituído.

Palavras-chave: Processo constitucional. Princípios institutivos do processo. Decisão judicial. Interpretação constitucional.

ABSTRACT

Under the aegis of the paradigm of democratic law, and post-positivist view, it matters to reflect on the constitutional norms (rules and principles) of structural judicial process, verifying the implementation of what is called constitutional due process, respected the rights and individual guarantees, especially contradictory, equality and legal defense, and the pleas of the Federative Republic of Brazil which is a Democratic State, among them the dignity of human person. In a Democratic perspective, you can only admit the existence of the process through the adversarial procedure, this being the only way to legitimize the actions of the State, and the various theories and process models that do not rely on those grounds are inadequate to the legal reality and regulatory provisions, and constitutionally unacceptable. Given this, it is proposed to analyze the legitimacy of judicial decisions, which must be constructed by the parts of the process, by exercising contradictory, so that the relationship between the subjects of the case is horizontal (participation in symmetric parity of all, in any procedure) and never verticalist (lone judge's decision). Still, on decisions, we'll see that the foundations should be restricted to constitutional rules of law, and never willing to criteria external to the legal concepts, to be legitimate because it determinates the 1988 Federal Constitution, that the power emanates from the people, who exercise it through their representatives that comprise the State Legislature, and only those products that pass through the normative democratic procedure of creation are a source of law and duty. Since the 1988 Federal Constitution, it's required to do, also, the reinterpretation of some legal texts, in order to establish their interpretations, in order to adapt to the paradigm established by it.

Keywords: Constitutional Process. Institutive Principles of process. Judicial Decision. Constitutional interpretation.

Introdução

Para Dworkin, a ciência não elimina problemas, mas com ela mais problemas são produzidos, exatamente para enfrentar o próprio problema, pois não há ciência sem crítica. É por essa perspectiva que se propõe a reflexão sobre alguns aspectos do exercício jurídico, vez que o Direito é ciência e, por essência, deve ser estudado sob a ótica crítica do pensamento.

O questionamento do decisionismo judicial, juntamente com a contemplação da hermenêutica (desenvolvida intrinsecamente no exercício do ato decisório), tem como ponto principal de análise

se a discussão, já travada em Dworkin ao mencionar o juiz Hércules, da técnica interpretativa de aplicação do Direito, que muitas vezes se dá de forma verticalista (decisão solitária do juiz), quando deveria ser horizontalizada (participação em simétrica paridade de todos, em qualquer procedimento, a fim de discutir as interpretações em questão), como se sustentará.

Nesse sentido, questiona-se a implementação do Estado de Direito Democrático no exercício pleno da cidadania, assegurado pelo direito ao acesso ao Judiciário, mediante o devido processo constitucional, e o respeito às garantias fundamentais da isonomia, ampla defesa, contraditório e segurança jurídica, e todos os demais direitos individuais.

O devido processo legal é o que se concretiza com respeito à Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, consequência lógica a obrigatoriedade de cumprimento de todos os atos do procedimento mediante asseveração constitucional.

É mister analisarmos a constitucionalidade das decisões judiciais no que tange à sua fundamentação, sob a ótica do paradigma de Direito Democrático.

1 A dificuldade do Judiciário em interpretar princípios constitucionais

Para aferir como deve ser realizada a interpretação de princípios constitucionais pelo Judiciário no Direito Democrático, é basilar entender, primeiramente, o que são os princípios constitucionais.

Para a definição terminológica, importa verificar em qual sistema estão inseridos, pois a aplicação prática do princípio define seu conceito. Cada sistema relaciona-se com o princípio jurídico de uma determinada maneira, e, para atingir o entendimento de qual sistema está mais adequado ao paradigma jurídico atual, necessárias se fazem as considerações sobre três grandes correntes do pensamento jurídico, como traz Cordeiro Leal (2002, p. 32): o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo.

O conceito de jusnaturalismo embasa-se na ideia do Direito Natural, e, segundo Fiuza (1999, p. 42):

Jusnaturalismo seria, assim, a corrente do pensamento que reúne todas as idéias que surgiram, no correr da história, em torno do Direito Natural. [...] As várias correntes jusnaturalistas concordam que há um Direito ideal, perfeito, expressão mesma do justo, além do Direito Positivo. Discordam, porém, em relação à origem desse Direito. Para o estoicismo helênico, localizava-se na natureza cósmica (perfeição, ordem e equilíbrio do Universo). Para os teólogos medievais, vinha de Deus. Para

os racionalistas, o Direito Natural é produto da razão Humana.

Nesse contexto, Espíndola (1999, p. 58) afirma que os princípios, que possuíam natureza não normativa, são posicionados pela Escola Jusnaturalista “em esfera abstrata e metafísica”. Eram, na verdade, os balizadores subjetivos utilizados para o alcance do Direito ideal.

A seu turno, Bobbio (1997, p. 156), já sob a égide do positivismo jurídico, afirma que os princípios são “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”, o que não define o conceito do termo, mas evidencia a premissa de que princípios são normas, e, a partir desse entendimento, sustenta-se a ideia de que os princípios não são estabelecidos pelo discernimento do julgador, mas preexistem a ele, são dotados de significância própria, e têm aplicação obrigatória.

O positivismo jurídico, então, traz essa nova concepção ao Direito e defende ser a lei escrita a única legitimada para a resolução de conflitos da sociedade, e os princípios, no sistema, apesar de possuírem caráter normativo, somente serviriam ao suprimento de eventuais lacunas legais, sob o prisma da quase absoluta eficiência das regras jurídicas e de seu alto grau de previsibilidade quanto aos fatos sociais, oferecendo resposta a praticamente todas as demandas. Quando, porém, fica evidente certa ineficiência das regras, e são enxergados casos não previstos pelo ordenamento, abre-se espaço para o juiz “legislar”, o que coloca em risco as próprias bases do positivismo. Com o intuito de amenizar esse fato, são introduzidos no sistema parâmetros decisórios, por meio da inserção de formas de auto ou heterointegração nos textos legais, entre elas os princípios gerais. Assim, alega Cordeiro Leal (2002, p. 37) que no positivismo os princípios são fontes subsidiárias do direito, com eventual utilização, o que permite se inferir sobre eles sua quase inexistente força normativa.

Em direção oposta, o pós-positivismo eleva os princípios ao âmbito constitucional, e grandes juristas, de acordo com Cordeiro Leal (2002, p. 37), afirmam que os princípios passam a atuar como normas estruturantes do sistema e referencial hermenêutico dos textos infraconstitucionais.

Nesse contexto, assim como as regras, os princípios passam a ser considerados como espécies do gênero normas, e a ambos se atribui força vinculativa no plano decisório. Carvalho Neto (1996, p. 144) ensina que os princípios, também sendo normas jurídicas, apesar de não apresentarem a estrutura tradicional das regras, operam ativamente no ordenamento, pois condicionam a leitura das regras, suas contextualizações e inter-relações.

Em seguida, ao reconhecer que esses princípios gerais são situados no texto da Constituição Federal, tem-se que apresentam força vinculante não questionável, devido ao critério da hierarquia normativa. Daí se afirmar que os princípios seriam

Normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes (ex. princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito) (CANOTILHO, 1999, p. 1085).

É no paradigma do pós-positivismo que o Judiciário deve interpretar os princípios constitucionais, uma vez que o ordenamento apresenta-se como rede normativa, composta por *regras* e *princípios*, ambos com *força vinculante*.

Além de considerar, sob esse prisma, a utilização de princípios como fundamentação das decisões, e seu emprego ao caso concreto no sentido de preencher as lacunas deixadas pelas regras, e, além disso, condicionar a interpretação das regras, como forma legítima e compulsória de afastamento da discricionariedade do magistrado, importante, ainda, no presente contexto, o entendimento do que sejam os princípios institutivos do processo, entre os quais, o contraditório, a isonomia, a ampla defesa, a segurança jurídica e o devido processo constitucional. Para tanto, imprescindível se torna a compreensão do modelo de **processo** adequado ao paradigma de Estado de Direito Democrático.

2 Discricionariedade e decisão: breve retrospecto sobre as teorias de processo e a sempre presente autoridade do juiz como forma verticalista da decisão

No curso histórico-jurídico, são apresentadas várias teorias de processo, cada qual aduzindo diferentes abordagens e entendimentos de Processo, que, embora atualmente não se mostrem suficientes e adequadas ao paradigma que sustenta o sistema jurídico regente, ainda preservam relevância, o que se evidencia ao decorrer dos estudos, no desenvolvimento das teorias que as seguem.

Das muitas que poderiam ser citadas, mostra-se importante a *Teoria do Processo como Contrato*, desenvolvida por Pothier, em que o processo se apresenta como um “pacto (*liticontestatio*) em que os litigantes voluntariamente se submetiam à autoridade do árbitro, por eles escolhido” (COLUCCI; ALMEIDA, 1999, p. 123).

Constatadas suas falhas, Savigny e Guényva trazem a conhecimento a *Teoria do Processo como Quase Contrato*, numa tentativa

de contornar as críticas da teoria supramencionada, embora ainda enquadrassem o Processo na esfera do direito privado.

Considerava-se que, não sendo o processo um contrato, seria um quase contrato, pois “a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexó entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide” (PEREIRA LEAL, 2009, p. 78).

Em 1868, porém, Oskar Von Bülow, por meio da publicação de sua obra *A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*, divulga uma nova teoria sobre processo, apresentando a sistematização da relação processual (ALVIM, 1997, p. 162), que passou a ser conhecida por *Processo como Relação Jurídica*, sobre a qual discorreremos mais profundamente a seguir, em face de sua grande relevância.

Goldschmidt, em 1925, apresenta o *Processo como Situação Jurídica*, discordando de Bülow ao afirmar que não existe, na verdade, vinculação entre as partes e o juiz no Processo, pelo que não haveria “relação jurídica”, pois o juiz apenas estaria a atuar por dever funcional, e as partes se sujeitam à jurisdição porque simplesmente estão sujeitas à autoridade do órgão jurisdicional (ALVIM, 1997, p. 158).

Formulada pelo espanhol Guasp, por volta de 1940, surge a Teoria do *Processo como Instituição*, assentada sobre pilares sociológicos, sob influência das ideias positivistas, sendo que as instituições, no âmbito das ciências sociais, seriam formas padronizadas de comportamento em relação a determinadas necessidades humanas, consideradas ideais, que, se transgredidas ou modificadas, geram a necessidade de sanções específicas (ALVIM, 1997, p. 155). O Estado, nesse contexto, é detentor da jurisdição e os problemas entre pares deverão ser submetidos à instituição jurisdicional, pois o modo de agir mediante conflitos de interesses dá-se através do processo (ALVIM, 1997, p. 156). Diante dos conceitos imprecisos em que se baseia essa teoria, muitas críticas lhe sobrevieram; alguns teóricos, como Coutore, que anteriormente a abraçaram chegam a abandoná-la, por não haver qualquer balizamento jurídico da ideia de instituição processual.

Outras três teorias apresentam grande relevância para o universo processual, quais sejam a *Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório*, sob a ótica de Elio Fazzalari, a *Teoria Constitucionalista do Processo (ou Modelo Constitucionalizado do Processo)*, que aborda de maneira ampla os princípios constitucionais, sob a orientação de Baracho, Andolina e Vignera, bem como a *Teoria Neoinstitucionalista do Processo*, desenvolvida por Pereira Leal, todas elas contribuindo para a formação do que se poderia

nomear *Processo Constitucional*. Apresentando-se como um marco nos estudos do modelo processual que está adequado ao paradigma atual, faz surgir a necessidade de sua observação com grau maior de profundidade, dada sua importância e o interesse essencial da temática do estudo em compreendê-las.

2.1 Processo como relação jurídica

De acordo com Büllow, o processo seria uma relação jurídica, não apenas pela existência da relação processual, mas pela “sistematização da relação processual” (ALVIM, 1997, p. 162).

O autor visualiza a separação entre o *direito material* e o *direito processual*, admitindo possuir este último regras especiais e princípios próprios que nenhuma vinculação guardam com aquele (CORDEIRO LEAL, 2002 p. 82), sendo que a relação processual, no entanto, para que se concretize, dependerá da existência da relação de direito material conflituosa entre as partes, motivo pelo qual sua participação no processo é requisito essencial, somada à participação do Estado, que não mais figura como mero espectador das relações entre particulares, mas é detentor da jurisdição, desde o momento em que vedou ao particular a autotutela e assumiu para si a função de solucionar o conflito de interesses (ALVIM, 1997, p. 163).

A relação jurídica processual, de acordo com a teoria de Büllow, estabelece-se com a presença necessária do Estado-juiz, a partir da iniciativa de uma das partes, e, posteriormente, com a ciência da outra parte envolvida.

Com efeito, o processo em si carrega duas relações jurídicas distintas: a de direito material, que no processo se discute, e a de direito formal, estabelecida entre os sujeitos do processo (COLUCCI; ALMEIDA, 1999, p. 124).

A relação jurídico-processual apresentar-se-ia da seguinte maneira:

1. os sujeitos principais do processo: o autor, o réu e o juiz;
2. o objeto, ou seja, a prestação jurisdicional, pela qual autor e réu aguardam a solução do litígio e a declaração de direito aplicável ao caso;
3. os pressupostos ou requisitos para exigência do processo: um pedido, já que a jurisdição é inerte e só age quando provocada; a capacidade de quem formula o pedido; e a investidura do destinatário do pedido, o juiz, que deve ser o legítimo representante do Poder Público, como tal investido” (COLUCCI; ALMEIDA, 1999, p. 125).

Büllow também tentou fazer distinção entre *procedimento* e *processo*. Processo, para ele, seria instrumento de jurisdição, motivo

pelo qual sua teoria ficou conhecida como instrumentalista do processo. Procedimento, por sua vez, diz respeito a atos processuais necessários para a concretização do escopo (ALVIM, 1997, p. 163).

Alguns doutrinadores, como Fazzalari e Goldschmidt, criticam a teoria de Büllow. Para eles, erroneamente ela

a) baseia-se na divisão do processo em duas fases [...], com a crença de que na primeira delas apenas se comprovam os pressupostos processuais e na segunda apenas se examina o mérito, o que nem para o direito romano é verdadeiro; b) o juiz tem obrigações no processo, mas inexistem sanções processuais ao seu descumprimento; c) as partes não têm obrigações no processo, mas estão simplesmente num estado de sujeição à autoridade do órgão jurisdicional (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 283).

Outro ponto importante, e para a presente discussão ainda mais relevante, é que a relação jurídica, para o Direito Privado, implica a sujeição entre pessoas, podendo uma delas exigir da outra o cumprimento de uma obrigação. Cita Cordeiro Leal (2002, p. 82) que tal afirmação não poderia ser admitida diante da perspectiva de Kelsen, como asseverado em sua *Teoria Pura do Direito* (1999, p. 185), a saber:

Do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito, isto é, dirigido às normas jurídicas, não são tomadas em linha de conta as relações entre indivíduos, mas apenas as relações entre normas – pelos indivíduos criadas e aplicadas – ou entre fatos determinados pelas normas, dos quais a conduta humana apenas representa um caso especial, se bem que particularmente significativo. Com efeito, não são os indivíduos, mas suas ações e omissões, não são as pessoas, mas determinada conduta humana – e não apenas esta, mas também outros fatos (estes, porém, apenas em conexão com a conduta humana) – que formam o conteúdo das normas jurídicas. Esta ideia tem expressão até certo ponto, na definição da relação jurídica – não como relação entre o sujeito do dever e o sujeito do direito, mas como uma relação entre um dever jurídico e o direito de reflexo que lhe corresponde.

A teoria de Büllow, portanto, não retrata a relação processual nos moldes exatos em que se deve dar, mas contribui e oportuniza o surgimento de outras propostas teóricas, como a de Fazzalari de processo como procedimento em contraditório, que, por sua vez, possibilitará o desenvolvimento de nova teoria, e uma compreensão de processo que se amolde ao paradigma de Estado Democrático de Direito.

Apesar das críticas, vale ressaltar que a teoria de Büllow predomina até hoje na confecção de Códigos e Leis Processuais, tendo sido aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman (PEREIRA LEAL, 2009, p. 78), entre outros juristas.

2.2 Processo constitucional

De acordo com Pereira Leal (2009, p. 83), o processualista italiano Fazzalari preocupou-se em basear sua teoria do *Processo como Procedimento em Contraditório* no estudo do instituto do processo, considerando o procedimento como sua estrutura técnico-jurídica, daí a importância das delimitações de conceitos.

Assim como Bülow, Fazzalari distinguiu processo e procedimento, adicionando ainda a ideia de contraditório ao fazê-lo. Procedimento passa a ser entendido como sequência de atos preparatórios de um provimento estatal, seja administrativo, legislativo, ou judicial, e não apenas uma mera exteriorização do processo. Em Fazzalari (*apud* GONÇALVES, 1992, p. 108),

O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que o disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento. Por isso se fala em procedimento como sequência de normas, de atos e de posições subjetivas.

De acordo com Cordeiro Leal (2002, p. 84), o processo passa a ser considerado uma espécie do gênero procedimento, que possui uma importante característica que os diferencia: o contraditório. Se o procedimento estrutura-se pelo contraditório, tem-se o processo. Por isso, em Fazzalari é possível haver procedimento sem processo, mas nunca processo sem procedimento. Por essa perspectiva, o contraditório é o que diferencia tais institutos.

É essencial entender que o contraditório deve se estabelecer entre as partes do processo, como interessadas-destinatárias do provimento, instaurando-se entre elas como garantia de participação em simétrica paridade. O juiz, o Ministério Público e seus auxiliares, mesmo que sujeitos do processo, não atuam como contraditórios.

O contraditório, leia-se, não é apenas o exercício de oposição de interesses, mas qualidade inerente da estrutura dos procedimentos, para que possa trazer legitimidade. Nesse ponto, Gonçalves (1992, p. 127) explica que

o contraditório não é o 'dizer' e o 'contradizer' sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses

divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será sua matéria, seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.

Ainda sob esse aspecto, Pereira Leal (2009, p. 83) traz o contraditório como norma de comando estrutural, sendo que, sem ele, o procedimento passa a ser

um amontoado de atos não-jurídicos sem qualquer legitimidade, validade e eficácia. Mesmo que o procedimento se realize pelo modelo normativo, se não contiver o dado legal do contraditório em sua estrutura jurídica espaciotemporal [...], não há processo. De outra face, a sentença (provimento) não é, nessa teoria, um ato sentimental e solitário do juiz, mas uma consequência e expressão jurídica, racionalizada e categoricamente conclusiva, dos atos realizadores do procedimento em contraditório entre as partes.

Contudo, embora a ideia do contraditório esteja bem solidificada desde esses estudos, alguns autores, admiravelmente, ainda demonstram ver o processo como instrumento a serviço da paz social, acrescentando a ele, ainda, escopos metajurídicos (v.g., DINAMARCO, 1996). Esse fenômeno apresenta-se como um retrocesso paradigmático, no sentido de que a reintrodução subjetivista de componentes éticos ou morais do julgador na atividade jurisdicional, conforme Cordeiro Leal (2002, p. 86), é incompatível com o Estado Democrático de Direito. A legitimação democrática das decisões judiciais sedimentar-se-á mediante “debate discursivo garantido por condições jurídico-pragmáticas hábeis à neutralização das coerções, os valores dos destinatários das normas” (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 86).

Andolina e Vignera (1997, p. 8), e, no Brasil, o saudoso constitucionalista mineiro Baracho (1984), desenvolvem teorias sobre o *Modelo Constitucionalizado do Processo*. Ao irem na trilha acadêmica de Fazzalari, buscam a adequação das normas procedimentais infraconstitucionais às presentes na própria Constituição.

Nesse momento, o contraditório não mais é entendido como mero atributo do processo, mas sim como “princípio determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais” (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 88). Entende-se que o contraditório tem *status* constitucional – e, assim

como os princípios da reserva legal, isonomia e ampla defesa –, é direito-garantia legitimador do processo até mesmo por hierarquia normativa.

No mesmo sentido dos estudos de Andolina e Vignera, também importa ressaltar as considerações de Pereira Leal (2009, p. 83-84) sobre a *teoria do processo como procedimento em contraditório* de Fazzalari, pois, embora admita a importância das constatações do autor, anota que sua teoria já não está adequada ao atual discurso jurídico-constitucional das democracias, considerando os paradigmas contemporâneos.

Nesse sentido, em sua *Teoria Neoinstitucionalista do Processo*, aponta que o contraditório não é apenas uma qualidade a ser incorporada ao procedimento por parâmetros doutrinários ou fenomênicos pela atividade jurisdicional, como ensinava o processualista italiano, mas, de acordo com as Constituições a que se submetem as normas processuais, é direito-garantia, que legitima a atividade jurisdicional no processo.

3 Hermenêutica jurídico-processual

Tendo como plataforma os limites fixados pela Teoria do Direito Processual Constitucional, discorre-se sobre a hermenêutica como uma questão da ciência jurídica moderna, o que, de acordo com Del Negri (2009, p. 199), é viabilizado a partir do entendimento da legitimidade das decisões jurídicas. Sobre esse aspecto, consideremos importantes marcos teóricos.

3.1 A função instrumental do direito e as origens de sua legitimidade

O surgimento de regras parte do Contrato Social feito entre determinados indivíduos para regular suas condutas e viabilizar a vida em sociedade. Nesse sentido, o Direito tem a função de permitir o surgimento e garantir a manutenção dos grupos sociais organizados de maneira ampla. Além disso, objetiva satisfazer suas necessidades e expectativas: regulando, prevenindo e garantindo consequências e punições àquele que violar tais regras, do contrário não teria eficácia alguma, e, portanto, não haveria razão de existir.

Para que as regras incidam sobre os indivíduos, e a eles sejam aplicadas, estes devem se submeter¹ a elas, bem como ao sistema

¹ Não meramente serem coagidos a se submeterem, aceitando a jurisdição como ato de império – o que, em outro contexto que não o de direito democrático, se admitia.

judicial de apreciação dos feitos e da aplicação das normas. Considerando o paradigma do Estado Democrático de Direito, é mister averiguar a legitimidade do Direito e das decisões judiciais e a importância do Processo como instituição constitucionalizada assecuratória dessa legitimidade. Com efeito, é necessário entender alguns pontos acerca da interpretação e da legitimidade do Direito.

3.1.1 Kelsen - fundamento autorreferencial do Direito e legitimidade como consequência necessária da forma

Ao analisar o desenvolvimento da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen (1999, p. 221), destaca-se a abordagem do conceito de validade de uma norma vinculando-o à sua relação de pertinência quanto a um determinado sistema normativo, de modo que uma norma se valida mediante o atendimento de requisitos formais de sua elaboração, o que implica o respeito à norma hierarquicamente superior. Essa é, a propósito, a nota marcante dessa teoria que convém registrar, sendo certo que o conceito de validade em Kelsen extrapola esse aspecto.²

Ao tratar da elaboração da norma de escalão inferior, afirma ser necessária a fixação de sentido da norma superior, considerando seu possível grau de generalização e abstração. Nesse sentido, afirma Cordeiro Leal (2002, p. 48) não ser possível a separação dos atos de criação e aplicação das normas, sendo considerados os aspectos da elaboração das leis e das decisões judiciais, e tudo o que ocorre nesse ínterim.

Nesse sentido, existiria espaço para certa liberdade ao criador da norma inferior, bem como ao aplicador, que poderá optar, entre as várias possibilidades, por a que melhor se aplique, a seu ver, às circunstâncias fáticas do caso em questão. Isso porque, diante das situações imprevisíveis, a norma de escalão superior não poderia

vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato (KELSEN, 1999, p. 388).

² Trata-se, pois, da apropriação de um dos três pressupostos kelsenianos para a validade da norma jurídica (COELHO, 2001, p. 33), sem destacar a nebulosa relação entre validade e eficácia para o autor.

Assim, Kelsen afirma que a sentença judicial, criando norma individual, como ato positivador do Direito, pode ser validamente proferida, mesmo que haja possibilidade de ser formulada com conteúdos diversos, porquanto

A decisão judicial é, para Kelsen, a edição de uma norma jurídica individual. O mesmo corte epistemológico e axiológico exigido no exame das normas gerais, portanto, também haverá de ser adotado no exame das decisões judiciais. Isto é, **as razões pelas quais o juiz atribui à norma aplicando um determinado sentido são de ordem psicológica, ideológica, socio-lógica, cultural, moral etc. Não interessam, desse modo, ao cientista do direito.** O seu conhecimento é reduzido à identificação das várias significações que se pode relacionar a cada disposição normativa, exatamente porque lhe é vedado investigar o pré-normativo e o metanormativo, campos em que se poderia encontrar a explicação para a escolha do juiz (COELHO, 2001, p. 61, grifos nossos).

Basta que o magistrado comprove ter sido a sentença elaborada em consonância às normas que lhe são hierarquicamente superiores, dentro da moldura das possibilidades interpretativas diante do caso fático, em seu aspecto formal.

3.1.2 A crítica de Dworkin

Preocupado com o relativismo que encerra a teoria kelseniana – cuja legitimidade arrima-se na lógica formal –, Dworkin desenvolve sua teoria sobre questões não bem explicadas e fundamentadas pelas correntes que a antecedem. O autor mantém constante atenção e preocupação com a certeza e segurança jurídicas, demonstrando a existência de direitos fundamentais que não podem ser afastados pelo Estado, para que o Direito conserve-se legítimo (DWORKIN, 1999, p. 388-389a), e considerando, ainda, a legitimidade assentada na condição de que todos os cidadãos sejam tratados como iguais, e, conseqüentemente, possam participar das deliberações acerca de seu destino, e do destino da comunidade em que estão inseridos.

Ao contrário das ideias apresentadas pelas correntes positivistas e realistas, que admitem a variedade de decisão em alguns casos, segundo a teoria desse autor é possível a existência de uma única decisão correta diante do caso concreto, aquela pela qual não haja a violação a direitos fundamentais. Sua crítica aos positivistas está na admissão da liberdade do julgador e na assunção da possibilidade de criação do Direito, e aos realistas na possibilidade de exis-

tência de sentenças incoerentes com outras do passado, pois para eles ao juiz é conferido o direito de tomar decisões que lhe pareçam *benéficas ao futuro da comunidade*, por seu próprio juízo de valor (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 56).

É notório que Dworkin, ao afirmar a inviolabilidade dos direitos individuais, traz nova concepção à legitimidade do direito, pelo acatamento de pressupostos democráticos.

Negando a possibilidade de discricionariedade judicial, que residia, para o positivismo, no fato de haver situações fáticas para as quais o direito não traz solução específica, o autor propõe a releitura do sistema e cria a teoria do *direito como integridade*, pelo reconhecimento da forma vinculante dos princípios, e, com isso, a inexistência de lacunas (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 57). Daí se dizer, em Dworkin, que as decisões não se vinculam só às regras, mas também aos princípios, que traçam linhas gerais e orientam a interpretação do direito, fazendo com que inexistam casos em que o próprio direito não traga a solução.

Porém, o autor não considera o direito apenas como estrutura normativa constituída por regras e princípios jurídicos, mas também leva em consideração os princípios morais da sociedade, devendo o juiz respeitar, ao prolatar uma decisão, a história institucional do direito, sendo que os princípios morais orientam a construção e reconstrução do ordenamento jurídico, e, desse modo, o juiz tem o dever de proferir decisão coerente com o passado e contribuir com o desenvolvimento dos princípios.

Apesar de reconhecer a legitimidade das decisões embasadas na racionalidade, e ter sua teoria grande destaque, o autor religa o direito à moral, não analisa o verdadeiro “papel da contribuição argumentativa das partes nos procedimentos judiciais” (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 61) e mantém o solipsismo (que vem a ser alvo de críticas de Habermas), razão pela qual é insuficiente ao direito democrático.

3.1.3 Alexy e o discurso racional da hermenêutica jurídica

Alexy (1989, p. 23), assim como Dworkin (1999a, 1999b), reconhece a força normativa dos princípios. Considera, ainda, que os critérios tradicionais de interpretação de normas não sejam suficientes por si mesmos para a fundamentação racional.

Vai além, dizendo que a existência de princípios e seu caráter normativo também são insuficientes para resolver o problema da subjetividade, visto que muitos são contraditórios entre si e, considerando a inexistência hierárquica entre eles, caberá ao juiz a escolha de qual será aplicado ao caso concreto, decisão

está baseada nos seus valores particulares de adequabilidade e importância.³

Ao mesmo tempo, paradoxalmente, reconhece a importância do método de interpretação sistemático (axiológico-teleológico). Para explicar a contradição, expõe que a valoração deve ser justificada, para que se respeite a racionalidade exigida na fundamentação da decisão.

Desse modo, ele tenta expor os limites de conceito da expressão *argumentação jurídica racional*, vinculando o direito à moral, visto que a tese da *integração* dita a união de argumentos jurídicos aos práticos gerais, adotando-se os critérios valorativos dos cidadãos (consensos comuns), e, considerando que o sistema não apresenta por si mesmo “suporte técnico viabilizador da fundamentabilidade racional da adoção de valores” (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 65), realmente é necessário o apelo ao discurso prático-moral como forma de respeitar a teoria do *discurso racional*.

Isso o leva a afirmar que

as decisões judiciais deveriam ser fundamentadas (ou justificadas) mediante a utilização de duas espécies de argumentos: os de justificação interna do direito e os de justificação externa do direito (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 68).

Para Cordeiro Leal (2002, p. 65), o autor assume que a justificação interna de enunciados normativos deve ser tratada pela lógica formal dedutiva (partindo das premissas legais do caso concreto, tendo em vista a exposição das razões de aplicação de uma determinada lei). Já os argumentos de justificação externa dizem respeito às premissas utilizadas na justificação interna, sendo que podem ser regras de direito positivo, enunciados empíricos ou outras premissas quaisquer.

Haveria, assim, para o autor, seis grupos de regras de justificação externa, a saber: regras e formas de interpretação; a argumentação dogmática; o uso dos precedentes; a argumentação prática geral; a argumentação prática empírica; e formas especiais de argumentação jurídica, as quais são aplicáveis como premissas a serem utilizadas na prolatação das decisões (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 69).

Daí o autor considerar que, para alcançar a decisão correta, o único caminho seja a via discursiva. A segurança jurídica, em sua

³ Nesse ponto, a propósito, reside notável distinção entre as correntes de pensamento que se filiam a Dworkin e as que se filiam a Alexy. Para as primeiras, diante do caso concreto haveria, sempre, o dever de o juiz escolher, com bases racionais, a melhor decisão. Para as filiadas a Alexy não haveria, contudo, como se aferir o que seria a melhor decisão.

teoria, assume importância secundária, admitindo a possibilidade de haver mais de uma única possibilidade decisória. Sua crítica à teoria de Dworkin, em Cordeiro Leal (2002, p. 71), reside no fato de que o autor não ofereceu critérios sobre a utilização dos princípios e sua preferibilidade, o que torna sua proposta inoperável. Em Alexy, princípios e valores são o mesmo, contemplado o aspecto deontológico em um caso e, no outro, o axiológico, razão esta de argumentar no sentido de haver uma conexão íntima entre a argumentação prático-moral e a jurídica. Para as regras, aplica-se a subsunção, e para os princípios, a ponderação de valores, sendo que ao juiz incumbe a apreciação hierárquica da aplicação principiológica, visando a decisão justa (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 71).

Para Alexy (1989), portanto, a legitimidade das decisões está na fundamentação racional, porém esta pode se dar por justificativas em preceitos morais na interpretação jurídica. Por isso, admitindo o solipsismo judicial, sua teoria não atende a legitimação no processo constitucionalizado dentro do paradigma de direito democrático.

3.1.4 Breve destaque sobre Jürgen Habermas e a teoria procedimental do Direito

Esse autor, a seu turno, traz críticas às teorias supramencionadas e propõe reflexão procedimental sobre legitimidade, certeza e segurança jurídicas, e sobre a racionalidade do Direito.

Oferece a *teoria procedimentalista da democracia*, que, segundo Cordeiro Leal (2002, p. 73), faz releitura de aspectos importantes de legitimidade do Direito, criticando as teorias de Alexy e Dworkin no que tange ao entrelaçamento entre Direito e Moral a que aludem, ao afirmar, de acordo com Habermas (1997, p. 292), que

A concepção empiricamente informada, segundo a qual ordens jurídicas completam co-originariamente uma moral que se tornou autônoma, não suporta por muito tempo a representação platonizante, segundo a qual existe uma relação de cópia entre o direito e a moral, como se se tratasse de uma mesma figura geométrica que apenas é projetada em níveis diferentes. Por isso, não podemos interpretar os direitos fundamentais que aparecem na figura positiva de normas constitucionais como simples cópias de direitos morais, nem a autonomia política como simples cópia da moral.

Habermas, portanto, considera que o Direito aparece como forma de integração das autonomias privada e pública dos indivíduos, através da adoção de um procedimento racional de legisla-

ção, e a legitimidade do Direito estaria assentada em discursos racionais, que, por sua vez, se validam pela utilização do próprio sistema normativo, sem fundamentação moralística, uma vez que este, ao ser criado, já considerou todos os aspectos morais da sociedade, o que leva Cordeiro Leal (2002, p. 74) a afirmar que

assim, o Direito, em Habermas, não necessita de inserção de componentes morais ulteriores à sua criação legislativa. Se os pressupostos à criação e legitimação democrática do Direito foram atendidos, o processo legislativo obteve êxito em oferecer um espaço adequado e livre de coerções, para que os destinatários das normas pudessem explicitar suas posições e expender os argumentos morais, éticos e pragmáticos que deveriam ser introduzidos no Direito.

Por isso, fazendo remissão a Habermas, Oliveira (1998, p. 35), citado por Cordeiro Leal (2002, p. 75), afirma:

O direito, democraticamente fundado, assume, então, o lugar deixado pela eticidade, pelas crenças imemorais e pelas 'leis divinas': passa a ser meio através do qual Estado e mercado se institucionalizam no mundo da vida mas, também na medida em que preserva suas conexões internas com a força da ação comunicativa socialmente integradora, instrumento de integração social, através da institucionalização de um processo político em que os cidadãos devam se reconhecer mutuamente como titulares de direitos humanos fundamentais, garantidores de sua autonomia pública e privada.

Por essa razão, se as pretensões dos cidadãos já foram integradas ao Direito pela forma legítima da elaboração normativa, não seria possível a admissão da inserção de novos componentes morais externos ao próprio Direito na atividade de aplicação da norma, sob pena de perda de legitimidade, pelo desrespeito a esse sistema de criação legislativa e a todo o ordenamento jurídico, político e social, ao estabelecer a possibilidade de criar a quem (magistrados) não foi entregue a legitimidade, na democracia, para tanto.

Em Habermas, pelo que se pode inferir de sua obra (1997, p. 292), não existe a necessidade (e, bem mais que isso, é ilegítimo) de se recorrer à lógica moral, do que seria permitido ou necessário moralmente, vez que esse conteúdo já está inserido naturalmente no direito gerado democraticamente e institucionalizado juridicamente, não se tratando de dogmática jurídica (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 76).

A teoria discursiva de legitimação democrática do Direito encontrada em Habermas exige, “no âmbito de criação e aplicação do Direito, que as decisões satisfaçam, ao mesmo tempo, os critérios de aceitabilidade racional e de segurança jurídica” (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 76).

A racionalidade das decisões vincula-se à racionalidade do Direito em vigor, que possui essa característica por força de adequado processo legislativo, e a segurança jurídica, por sua vez, poderia ser entendida, para Cordeiro Leal (2002, p. 76), dentro da seguinte perspectiva:

Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo os atingidos podem ter segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários (HABERMAS, 1997, p. 274).

Assumindo que a teoria aqui apresentada satisfaça as pretensões do processo constitucionalizado no Estado de Direito Democrático, pelo método da hermenêutica constitucional adiante demonstrado, explicitar-se-á como deve ser aplicada.

3.2 Hermenêutica constitucional pelo paradigma do direito democrático

No direito democrático, a legitimidade das decisões só será alcançada “a partir da interação argumentativa realizada no *procedimento* em contraditório entre as Partes do Processo” (DEL NEGRI, 2009, p. 199). Assim, é preciso romper com os métodos de interpretação jurídica nos antigos moldes romanos, bem como com aqueles embasados nos moldes processuais de outrora, ou em paradigmas jurídicos já ultrapassados.

No Estado Democrático de Direito, as decisões não são mais passíveis de serem suportadas por fundamentações não jurídicas, e também não podem ser construídas por ato solitário do juiz. Não sendo sujeito “interessado”, ou “contrainteressado” (GONÇALVES, 1992, p. 121) no provimento, não é contraditor. Não lhe é defeso, entretanto, em ato de interpretação constitucional, criar teorias (diversas das apresentadas pelos então contraditores) no momento decisório, desde que sejam demarcadas por argumentos jurídicos, e às partes sejam ofertadas em contraditório, para que sejam legítimas.

A grande dificuldade a esse respeito está na fundamentação dessas decisões, que deve estar vinculada às normas jurídicas (cons-

titucionais) e amparada na filosofia da linguagem; nunca, porém, embasada na filosofia da *consciência*, como ato de sentimento, ou lei interna do julgador (DEL NEGRI, 2009, p. 201), como propõe a teoria de Habermas.

Com fundamento na ciência processual, importante é a visualização de meios institucionalizados capazes de extinguir ou neutralizar a subjetividade das decisões, de modo que não sejam verticalizadas e deslegitimadas. A necessidade dessa verificação reside no fato de que “a interpretação do ordenamento jurídico não se faz mais em juízos de subjetividade (leis íntimas) de um decididor”, uma vez que no Estado Democrático de Direito a norma não pode ser superada pelo julgador e as partes do processo não podem ser reduzidas a “meros coadjuvantes do seu destino” (DEL NEGRI, 2009, p. 201).

A *Teoria Discursiva* de Habermas, quando aplicada em contraditório, sendo oferecido às partes aquilo que o decididor, com fundamentação jurídica e normativa legítima, visualiza deva ser aplicado, cumpre seu papel na democracia.

Os princípios processuais inscritos na Constituição jamais poderiam ser desrespeitados, daí a importância da abordagem adequada do contraditório, vez que é essencial à teoria procedimental da democracia (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 77). É o contraditório que proporcionará a atuação equitativa dos partícipes dos procedimentos judiciais, a que faz referência Habermas, e garantirá a fundamentação das decisões “no Direito debatido pelas partes e os fatos por elas construídos” (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 77).

A necessidade do compartilhamento decisório é fato, mediante interpretação dos princípios constitucionais norteadores e institutivos do processo. A jurisdição, na democracia, é das partes, e não somente do juiz. Por esse mesmo discernimento, também a legitimação da *prova* se faz pela participação das partes, e não apenas por decisão singular do magistrado. Sobre esse tema, especificamente, discutiremos adiante.

Dias (2010, p. 119) cita ainda o princípio da reserva legal, ou princípio da prevalência da lei, no que tange às decisões jurisdicionais, no sentido de que, se as fundamentações não forem restritas às normas do ordenamento jurídico, serão ilegítimas:

A legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, sobretudo as normas constitucionais, emanadas da vontade do povo, porque discutidas, votadas e aprovadas pelos seus representantes, no Congresso Nacional.

O poder emana do povo, de acordo com parágrafo único do art. 1º da Constituição da República. Considerando que o povo não elege os juizes, que são selecionados e nomeados diretamente pelo Estado, os únicos critérios diretivos para o exercício da função jurisdicional (que culmina quando as decisões finais são proferidas – acórdão, sentença, provimento) “são aqueles ditados pelo princípio da permanente vinculação dos atos da jurisdição ao Estado Democrático de Direito” (DIAS, 2010, p. 119). Desse modo, somente se pode dizer serem decisões jurisdicionais proferidas em nome do povo aquelas estrita e essencialmente proferidas conforme as normas constitucionais e infraconstitucionais que integram o ordenamento jurídico.

Portanto,

devem ser energeticamente descartados quaisquer doutrinas e precedentes jurisprudenciais que sugiram aos órgãos estatais decisores (juizes e tribunais) exercício da função jurisdicional sob critérios outros dissociados da constitucionalidade da jurisdição, porém, ao revés, marcados de forma inconstitucional e antidemocrática pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pela sensibilidade, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia judiciária que denominamos complexo de Magnaud [...]. (DIAS, 2010, p. 120).⁴

No Direito Democrático, não há legitimidade nas decisões cujos fundamentos sejam noções vagas, imprecisas e não normativas de “justiça”, “equidade”, “ideal de justiça”, “decisão justa”, “justo razoável”, e em critérios enigmáticos e irresponsáveis do “caráter instrumental do processo”, “livre-arbítrio do juiz”, ou “prudente critério do juiz”, do “processo justo”, da “interpretação mais razoável”, da “decisão mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos”, além de outros tantos fundamentos e expressões próprios de “um autêntico festival de logomaquia” (DIAS, 2010, p. 120).

Ainda, no Direito Democrático, só é direito o que como tal foi produzido pelo órgão legislativo do Estado, composto por representantes eleitos pelo povo, com expressa autorização constitucional e pelo processo legislativo previsto constitucionalmente, sendo essa uma das bases do próprio Estado de Direito Democrático.

⁴ Ao se referir ao “complexo Magnaud”, o autor tem em mente Jean-Marie Bernard Magnaud, juiz francês, presidente do Tribunal de Primeira Instância de Châteaui-Thierry no período de 1899 a 1904, cujos julgamentos se tornaram conhecidos por subverterem a ordem jurídica. Suas sentenças distanciavam-se das fontes de direito e muitas vezes apoiavam-se unicamente no sentimentalismo e nos seus juízos de opiniões pessoais.

3.3 A necessidade de afastar a decisão conforme a consciência

Com o objetivo de garantir o resgate da *segurança jurídica* e amparar a *legitimidade* do Judiciário diante do Estado Democrático, Streck (2010) aponta os riscos da manutenção da forma atual de se estudar e de se “operar” o direito.⁵ Suas observações partem da constatação de que a admissão de margem discricionária para as decisões judiciais, nos casos concretos (sejam estes fáceis ou difíceis), transfere ao intérprete/sujeito o Poder que, a rigor, é da comunidade constitucional, causando “*letal déficit democrático*” (STRECK, 2010, p. 85) às decisões judiciais.

Com efeito, a partir da identificação de que no Direito Democrático não há como se justificar que seja dado ao juiz/sujeito o Poder de *interpretar a lei* e *valorar a prova* conforme sua consciência, o autor propõe a ruptura com a atual forma de encarar problema das decisões judiciais – a saber, dotar o juiz de maiores poderes na interpretação e aplicação da lei, confiando em seu “*bom senso*” como medida de justiça na escolha da melhor interpretação possível dentre as diversas igualmente válidas, visão esta amparada no dualismo kantiano de cariz kelseniano (o da ruptura entre o “ser” e o “dever ser”).

Segundo Streck, a concepção filosófica que – remontando a Aristóteles, cinde a cognição a partir de processos próprios à “razão prática” ou à “razão teórica” – está presente até hoje entre os estudiosos do direito é incompatível com a Democracia Processualizada. Ela conduziu, em seus vários desdobramentos, à objetivação e à subjetivação do direito⁶, manifestações estas que não foram capazes de garantir as necessárias segurança jurídica e legitimidade decisória que se espera no Estado de Direito.

⁵ Ou, como prefere o autor, na forma de compreender o direito a partir do giro linguístico do paradigma hermenêutico, cujas origens ele identifica em Martin Heidegger (STRECK, 2010, p. 60; 73; 83).

⁶ A *objetivação* relaciona-se ao positivismo exegético, no qual se encontraria na “vontade da lei” a resposta para os casos apreciados pelo Judiciário. A *subjetivação*, por sua vez, relaciona-se ao positivismo normativista, que relega ao jurista a tarefa de delimitar o quadro de interpretações possíveis para os casos submetidos ao Judiciário, o que dá espaço e guarida para a consagração da “vontade do juiz” no ato de decidir – sob o eufemismo da discricionariedade. Ambas correntes amparam-se no paradigma da *filosofia da consciência* – pela qual, no primeiro caso, a consciência do juiz seria capaz de partir da análise abstrata das normas para delimitar, no campo das ideias (tal qual uma subsunção perfeita) a correta decisão; e, no segundo, nessa análise seriam identificadas interpretações possíveis, cabendo-lhe “sentir” qual a mais justa para o caso. Em ambas, portanto, o decisionismo é marcante.

Dá sua apologia ao *paradigma hermenêutico* para se “enxergar” o direito no atual estado de coisas. Baseado em considerações sobre essa guinada filosófica, afasta a visão do conhecimento construída a partir do esquema sujeito-objeto, identificando no giro linguístico o novo marco do fenômeno cognitivo, a partir da compreensão de que o homem está condicionado em sua forma de conhecer pela linguagem que lhe é dada e que serve de instrumental compartilhado para a construção e reconstrução de significados:

Pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. Expressões como ‘provisória’ ou ‘ampla’, ainda que possuam significações indeterminadas, possuem núcleos de sentidos que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam (ÁVILA, 2009, p. 33).⁷

Nesse sentido, sustenta que o ato de compreender é mais complexo, estando imbricado com o de interpretar, pelo que é inviável a predeterminação de soluções para os casos concretos. Afirma:

Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico (STRECK, 2010, p. 73).

A decisão judicial, nesse paradigma, demanda a análise do caso e de seus condicionantes – o estudo de teses jurídicas dá lugar ao de casos –, pelo que se afasta a racionalização solipsista que transfere ao plano da consciência (abstrato) a identificação da resposta correta:

⁷ Nesse ponto, permitam-se esclarecimentos que evitem a “mixagem teórica” de que fala Streck (2010, p. 29). A passagem de Humberto Ávila serve para ilustrar que a compreensão do mundo parte da linguagem, cujos contornos semânticos não estão à inteira disposição dos indivíduos – em razão mesmo de a linguagem ser decorrente de práticas sociais coletivas. Todavia, referido autor liga-se a pressupostos teóricos a rigor incompatíveis com os defendidos por Streck – a saber, a ponderação –, em que pese a identificação, pelo próprio Streck, de similitude de ideias entre ambos (STRECK, 2010, p. 105, nota de rodapé n. 113). Para uma análise mais complexa do giro linguístico em suas “três frentes”, conferir Streck (1999, p. 141-149).

Sendo mais claro, toda decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito. Não há decisão que parta do ‘grau zero de sentido’. Portanto, e isso é definitivo, *a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda*. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política (STRECK, 2010, p. 98, grifos do autor).

A contribuição de Streck (2010, p. 98) para o estabelecimento de uma teoria das decisões judiciais conforme o paradigma do Estado de Direito decorre dessa percepção de que não se pode reduzir a decisão à apreciação do sujeito que aplica a lei e do perigo que a abordagem que se denomina pós-positivista (mas de cunho argumentativo) traz ao lançar mão do entendimento dos princípios como enunciados performativos de abertura semântica. Nesse sentido, esclarece:

Para mim, entretanto, o principal problema aparece quando se procura determinar *como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial*. O juiz decide por ‘livre convencimento’? Mas, *o que é isto, ‘o livre convencimento’?* A decisão não pode ser o ‘produto de um conjunto de imperscrutáveis valorações subjetivas, subtraídas de qualquer critério reconhecível ou controle intersubjetivo’. Daí a minha indagação de que adianta afirmar um novo modo de ‘gestão da prova’ se o sentido a ser definido sobre o ‘produto final’ dessa ‘gestão probatória’ *permanece a cargo de um ‘inquisidor de segundo grau’ que possui ‘livre convencimento’?* (STRECK, 2010, p. 46, grifos do autor).

Numa palavra – e penso que nisso há uma grande concordância no seio das diversas posturas antes delineadas – em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há (mais) espaço para que “a convicção pessoal do juiz” seja o “critério” para resolver as indeterminações da lei, enfim, “os casos difíceis”. Assim, uma crítica do direito *stricto sensu*, isto é, uma crítica que se mantenha nos aspectos semânticos da lei, pode vir a ser um retrocesso (STRECK, 2010, p. 54).

Registre-se, contudo, o problema que encerra: a insegurança jurídica decorrente da ausência de uma resposta prévia ao caso (o que se afigura como uma contradição ideológica do autor).

3.4 Sistemas de apreciação da prova: uma forma de controlar a discricionariedade decisional

Ao estudar a atividade interpretativa exercida pelo magistrado e as fundamentações das decisões judiciais, é mister trazer à análise os sistemas de apreciação das provas no processo, tendo em vista sua estreita ligação com o tema proposto. Historicamente são três os sistemas de apreciação das provas que se destacam: o da certeza legal, o da livre convicção e o da persuasão racional, sobre os quais serão tecidas breves considerações.

3.4.1 Sistema da certeza legal e o processo inquisitório

Segundo Alvim (1997, p. 245), esse sistema era adotado pelo processo comum medieval e caracterizava-se pela avaliação prévia, mediante normas preestabelecidas, do valor de cada prova produzida. Em relação a esse sistema, ressalta Chiovenda (1998, p. 170):

assim é que a apreciação das provas se vinculou a normas preestabelecidas. Foram rigidamente enumeradas, ordenadas e classificadas as razões que permitiam prestar ou negar fé à testemunha. Durante, no *Speculum iudiciale*, alinha-as em número de noventa e seis. E, aplicando-se esse procedimento a todas as provas, em geral, constituiu-se o sistema da prova legal, ou seja, aquele complexo de regras que distinguindo as provas em plenas e semiplenas, e cada uma em várias espécies; determinando o número de presunções necessárias a formas uma prova plena; precisando os casos e os defeitos por que um prova baixa a semiplena; comensurando a idoneidade das provas à natureza do processo; perturbou o convencimento do juiz, reduzindo a tarefa do magistrado a uma verificação quase por inteiro aritmética, do concurso do número dos elementos necessários a formar, no caso concreto, aquilo que se convencionou como a verdade legal.

Segundo Cordeiro Leal (2002, p. 94), foi com base no sistema da certeza legal que se desenvolveu o sistema do processo inquisitório, uma vez que ainda se considerava a comunicação de Deus com os homens no sentido de conferir a verdade às provas produzidas, e, por meio dos sinais previamente valorados, a religião e o Direito ainda se encontravam vinculados, sendo que a legitimidade do Direito estava na ratificação das intenções divinas, pelas quais era revelada a justiça.

3.4.2 Sistema da livre convicção e o processo dispositivo

Na vigência desse sistema, o juiz tinha a liberdade de adotar a solução considerada mais justa, tendo em conta o mais adequado ao contexto social em que estivesse inserido, em termos de valores e costumes da comunidade. Nesse sentido, a prova produzida poderia ou não ser levada em conta para a decisão do feito, uma vez que seriam os critérios de justiça do próprio juiz a delimitarem o que era, de fato, relevante para a solução do caso (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 95).

Vale ressaltar que a mudança paradigmática ocorrida entre o sistema anterior e o aqui abordado tem raízes no movimento iluminista, que trouxe uma nova concepção de Estado, e do próprio homem, o que acarretou na inadequação do sistema da certeza legal para apreciação de provas no processo, uma vez que o elo entre homem e Deus na busca por respostas foi rompido; a partir de então, a razão passa a ser o instrumento de investigação do homem como único meio de resgatá-lo daquilo que Kant denominava minoridade (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 95).

Embora esse sistema já esteja liberto do vínculo religioso, ainda se apresenta maculado, vez que o processo está à mercê do discernimento do julgador, que, de acordo com Couture (1946, p. 194), poderia adquirir convicção da verdade por provas produzidas ou não nos autos, favoráveis ou não às partes, sobre cujas fontes (informações) as partes não exerciam controle.

3.4.3 Sistema da persuasão racional – o convencimento vinculado a juízos *secudum legis*

Afirma-se, a julgar pelas normas vigentes, que o Brasil adotou esse sistema, ao fixar na legislação a seguinte determinação:

Art. 131, CPC. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 852-D, CLT: O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 12.1.2000).

Por esse sistema, como fica claro pela própria designação legal, o juiz tem liberdade para formar seu convencimento, a qual está vinculada, porém, às provas produzidas e presentes nos autos

do procedimento, quem quer que as tenha produzido, sendo-lhe vedado utilizar-se de quaisquer outros meios como base decisória. Na prolatação da decisão, ainda, é necessário que haja a devida fundamentação do decidido, com indicação dos motivos exatos que o levaram àquele convencimento, o que, para Greco Filho (1995, p. 194), serve para permitir às partes aferirem que a convicção realmente foi extraída do material probatório constante nos autos.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (1999, p. 68), o juiz está a exercer o princípio da persuasão racional no sentido de que, apesar de haver vinculação decisória às provas produzidas nos autos, sua apreciação independe de critérios legais determinados *a priori*, avaliando segundo critérios críticos e racionais (CPC, arts. 131 e 436; CPP, art. 182). Essa liberdade não se confunde, no entanto, com formação arbitrária, porque o convencimento, como já dito, deve ser motivado (CF, art. 93, IX; CPP, art. 381, III; CPC, arts. 131, 165 e 458, III), devendo o magistrado ainda obedecer às regras legais existentes (CPC, art. 334, IV; CPP, arts. 158 e 167) e às máximas da experiência (CPC, art. 335).

Esse entendimento, para Cordeiro Leal (2002, p. 98), é compartilhado por grande parte dos autores nacionais e demonstra falha interpretativa. Ele constata, em relação às considerações doutrinárias sobre o assunto, que

quando os autores não silenciam sobre o tema, sua quase unanimidade limita-se à interpretação dos textos legais atinentes à sentença, ainda presos aos antigos sistemas, segundo dois aspectos básicos: por um lado esses autores conferem liberdade ao julgador quanto à apreciação da prova; por outro, declaram que essa liberdade é relativa, porque o juiz deve permanecer adstrito às leis materiais e aos fatos e circunstâncias constantes nos autos. Nenhuma ressalva fazem acerca dos desdobramentos do princípio constitucional do contraditório em relação ao sistema de apreciação de provas no Código de Processo Civil.

3.4.3.1 Releitura crítica da legislação infraconstitucional vigente

Constatada a dificuldade por parte dos estudiosos do Direito e do judiciário em interpretar a legislação à luz do paradigma do Direito Democrático e da Constituição Brasileira de 1988, vale opor às práticas realizadas no exercício jurisdicional reflexão crítica sobre algumas normas em vigência e o modo de sua aplicação, que, já cumpre dizer, deve ser feita com base na hermenêutica constitucional, e no *processo* de mesma natureza.

Com efeito, importa a observação dos seguintes dispositivos:

Art. 4º, LICC: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Art. 5º, Lei 9.099/95: O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Art. 6º, Lei 9.099/95: O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

Art. 335 do CPC: Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a essa, o exame pericial.

Art. 765, CLT: Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

São esses alguns exemplos do que é possível averiguar na legislação infraconstitucional: a possibilidade fundamentada em lei de se haver decisões de cunho solipsista pelo judiciário ainda hoje e de normas que trazem regras e princípios constitucionalizados de fundamentação das decisões judiciais, desrespeitadas.⁸

Apresenta-se como uma ofensa à Constituição Brasileira a utilização de institutos não jurídicos, tais como "*analogia*", "*bem comum*", "*experiência comum*", "*fins sociais*", "*costumes*", "*bom senso*", "*tradição*", "*princípios gerais*" e "*equidade*", entre outros muitos com os quais muitas vezes o operador de direito se depara, como fundamentação de decisão. Não se faz necessário repetir que o paradigma de Direito Democrático por si mesmo se apresenta como uma imensa contradição a essa possibilidade.⁹

⁸ Tais como os incisos II e LV do art. 5º da Constituição da República: o primeiro, tradução do princípio da legalidade, contradiz por essência a possibilidade de juízo baseado em costume ou analogia; o segundo encerra a possibilidade de que o juiz decida solitariamente o que será produzido em termos de provas no processo, e qual o valor de cada uma delas, ou mesmo qual diligência será executada, pois, se considerarmos que a partir dessas diligências pode haver produção de provas contrárias a uma das partes, cabe à outra parte requerê-la, sob pena de desrespeito à imparcialidade judicial.

⁹ Vale dizer, sobre o Estado de Direito Democrático, que está estabelecido sobre princípios como os da legalidade, segurança jurídica e isonomia, que são feridos na medida em que se julga uma causa com bases em institutos não jurídicos como os acima citados, que não passam do que Del Negri (2009, p. 377) denomina de significantes sem significados.

A revogação tácita de alguns pontos desses dispositivos frente à Constituição de 1988 é, infelizmente, ainda questionada. Cabe, então, a implementação do exercício do *julgar* em bases essencialmente constitucionais, de modo que sejam respeitados os princípios institutivos do processo, quais sejam o *devido processo legal* (*constitucional*), o *contraditório*, a *ampla defesa* e a *isonomia*, de maneira que a discricionariedade jurisdicional seja controlada e a decisão seja compartilhada.

O sistema normativo atual é composto, como já dito anteriormente, por regras e princípios, ambos com força vinculante, e, sem dúvida, pode-se afirmar que nenhuma decisão judicial necessita de respaldo em outra fonte que não seja uma regra ou um princípio, pelo que não se faz necessária ou legítima a utilização de institutos metajurídicos para a fundamentação judicial, e faz da expressão *lacunas na lei* uma afirmação sem fundamento.

Ao intérprete da lei cabe fazer essa reflexão, com fins de realizar sua atividade com amparo no princípio da reserva legal (art. 5º, II, CF).

Conclusão

Os provimentos jurisdicionais no Brasil, por força do paradigma de Estado Democrático de Direito e do modelo de Processo Constitucional, não podem ser vistos como instrumento posto à disposição do Estado para atingir objetivos metajurídicos por via de atividade solitária do julgador, visto ser o povo a fonte única do direito, que faz inserir a justiça em leis democraticamente elaboradas.

Com efeito, a implementação do contraditório é essencialmente necessária para que se estabeleça o Processo Constitucional. Se ausente o contraditório, o processo perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório, o que não é possível em um Estado de Direito Democrático.

No que tange, ainda, à atividade de decidir que desempenha aquele que prolata as decisões, esta está vinculada, de mesma forma, ao produto formal e material do contraditório (e ampla defesa) exercido pelas partes ao decorrer do processo no que pode ser denominado *espaço da discursividade* das partes. Na medida em que o pronunciamento jurisdicional só se legitima pelo processo, o contraditório há de interpor-se tanto na reconstrução fática quanto na escolha e interpretação normativa a ser aplicada ao caso concreto.¹⁰ É o referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado,

¹⁰ Vale dizer que a fundamentação das decisões não pode ser feita apenas mediante indicação dos textos legais aplicáveis ao caso, mas o embasamento deve ser feito também com os próprios argumentos produzidos pelas partes, podendo o juiz se valer da própria citação de trechos textuais apresentados pelas partes em suas manifestações, como forma de demonstração da legitimidade daquela decisão.

e aos interlocutores que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados garante-se o direito à manifestação, embora possam exercer até mesmo o direito ao silêncio por sua própria escolha, mas nunca por cerceamento do direito de dizer.

Ainda, a atividade de decidir está vinculada não apenas ao desenvolvido pelas partes, mas também aos princípios e normas constitucionais, sendo a fundamentação em normas constitucionalizadas corolário do respeito ao paradigma vigente.

Atualmente, diante dos problemas enfrentados pela República, torna-se a cada momento mais necessário que os operadores do direito adotem postura crítico-reflexiva em face das práticas desenvolvidas pelas funções do Estado (com destaque, na presente pesquisa, ao Legislativo e ao Judiciário), bem como por aqueles que exercem suas funções nesses âmbitos, visto que o desrespeito à Constituição Federal abala todo o sistema jurídico-político no qual estamos inseridos e ameaça de ruptura toda a organização do Estado de Direito.

Enquanto os direitos e garantias individuais não forem devidamente atendidos, há o risco do colapso social, e, em sua ocorrência, nada mais teria valor: leis, políticas instituídas, decisões judiciais proferidas, visto que o modelo de organização de sociedade estabelecido não estaria mais em vigor e enfrentar-se-ia o caos social.

O acesso à jurisdição, que garante a possibilidade de resolução de conflitos de maneira jurídico-democrática, só pode ser completado por decisões judiciais legítimas, e estas, como se estudou, só se fazem mediante o respeito aos princípios constitucionais institutivos do processo, razão pela qual importa sua devida compreensão (Teoria discursiva das partes em contraditório).

Muito se falou sobre a função do magistrado no processo. Vale destacar, ainda, o papel do advogado na efetivação do devido processo constitucional: o profissional deve exercer sua profissão com incomensurável responsabilidade, visto ser ele o instrumento de comunicação entre os anseios do cidadão no Judiciário e os resultados emitidos em relação aos seus direitos e deveres. Se as decisões devem ser produzidas de acordo com o que as partes produzem no processo, e sendo o advogado o canal entre o indivíduo e suas produções no processo (art. 133, CF/88), deve ele entender a dimensão da responsabilidade que fundamenta o exercício de sua atividade (princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais – art. 93, IX, CF/88), pois é necessário justificar juridicamente o que foi fundamentado.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1989.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile**. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da soberania. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, UFMG, Belo Horizonte, nº 63/64, p. 0-0, jul. 1986/jan. 1987.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília, UNB, 1997.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e a teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARVALHO NETO, Menelick de. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação de valores contratados como contraprestação por obras realizadas – ilícito do Estado – igualdade de todos diante dos encargos públicos – princípio da continuidade da empresa – Estado Democrático de Direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, v. 63, ano XXVI, p. 183-296, jul./dez./1996.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; ALMEIDA, José Maurício Pinto. **Lições de Teoria Geral do Processo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- CORDEIRO LEAL, André. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.
- DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

- DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. 1. ed. Barcelona: Ariel, 1999a.
- _____. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999b.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FIUZA, César. **Direito civil**: Curso completo. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I., v. II.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada ao Mandado de Injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- PEREIRA LEAL, Rosemiro. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.
- _____. **O que é isso**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.