

NOTAS SOBRE AS DECISÕES JUDICIAIS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

NOTES ON JUDICIAL DECISIONS IN THE CONTEXT OF THE MODERN CONSTITUCIONALISM

Cristiano Becker Isaia¹

RESUMO

O constitucionalismo do segundo pós-guerra mundial passou a exigir a construção de um direito processual civil democrático, capaz de produzir respostas corretas. O texto investiga as condições de possibilidade para tanto, realizando um pequeno esboço histórico do processo até o código de 2015. Constatou-se que ainda se está diante das duas premissas básicas que tradicionalmente sustentaram o processo brasileiro, caracterizadas pela preservação do procedimento da *actio* do direito privado romano e pelo protagonismo judicial. Ainda assim, o novel diploma preocupa-se com a qualificação das decisões judiciais, fomentando, em alguma medida, uma maior coerência e respeito à integridade do direito nestas decisões.

Palavras-chave: código de processo civil, constitucionalismo, decisão judicial.

ABSTRACT

*The constitutionalism of the second post-world-war period required the construction of a democratic civil procedural law capable of producing correct answers. The article investigates the conditions of possibility for this endeavour by making a historical research of the process until the code of 2015. It was verified that the laws still have the two basic premises that have traditionally supported the Brazilian process, characterized by the preservation of the procedure of *actio* to private Roman law and by judicial protagonism. Nonetheless, the new process law is concerned with the qualification of judicial decisions by fostering, to some extent, a greater coherence and respect for the integrity of the law for these decisions.*

Keywords: *civil process code, constitucionalismo, judicial decision.*

¹ Docente da Universidade Franciscana (UFN). E-mail: cbisai@gmail.com

INTRODUÇÃO

Na intenção de pensar o código de processo civil de 2015 (CPC/2015) para além do esquema sujeito-objeto, aproximando juiz, partes e sociedade, aliado ao objetivo de compreender o sistema processual de forma assemelhante a um método, mergulhando o processo no interior daquilo alhures² se denominou de filosofia *no* processo, eis os problemas enfrentados pelo presente estudo: Como ultrapassar uma concepção que há séculos desloca o processo para o âmbito dos instrumentos, das ferramentas à disposição do magistrado e seu subjetivismo? Como evitar o cometimento de decisionismos interpretativos em processo civil, principalmente em razão da estrutura tripartite, do distanciamento entre os sujeitos processuais? É possível, mesmo ante todas essas indagações, alcançar respostas corretas em processo civil a partir dos postulados instituídos pelo CPC/2015?

Um possível ponto de partida a tais indagações está na afirmativa de que não há ciência que não deite raízes nos campos da história, da filosofia, da antropologia e da religião. O Direito, concebido como ciência da compreensão, é um exemplo privilegiado disso. O direito processual civil, matriz do presente estudo, também. Dessa vez a ideia está investigar como o CPC/2015 reagiu ao tema *protagonismo judicial*. Um escorço “intercientífico” que servirá para investigar a necessidade de construção de um processo civil pós-burocrático, anti-moderno e imerso numa filosofia capaz de ressuscitar o caso concreto e a força (processual) constitucional.

Essa investigação se justifica porque o constitucionalismo do segundo pós-guerra mundial passou a exigir a construção de um direito processual civil democrático, capaz de em cada caso submetido ao crivo do Poder Judiciário produzir respostas corretas. Todavia, não é exatamente esse o estado da arte do direito processual civil no século XXI, mesmo com o código de 2015. Isso porque, inegavelmente, ainda se está diante das duas premissas básicas que tradicionalmente sustentam o processo brasileiro: a) a preservação do procedimento da *actio* do direito privado romano, com seus corolários correspondentes ao alargamento do conceito de obrigação e ao procedimento ordinário (denominado de comum no código de 2015) como o instrumento universal de tutela processual e; b) o protagonismo judicial.

É justamente esta última premissa que recebe maiores atenções neste estudo. Para tanto utilizou-se como teoria de base (“metodologia”) a ontologia hermenêutica. O retorno ao desvelamento. A recondução do olhar do ente para o ser, incompatível, portanto, em tese, com a caracterização de “método”. A matriz teórica (“método” de abordagem) adotada foi a fenomenológico-hermenêutica, que constitui um “deixar ver” que o fenômeno é essencial para o desvelamento, para que o jurista (que desde-já-sempre tem experiência de mundo antecipada pela pré-compreensão) possa então compreender a realidade abnegada pelo positivismo jurídico e pela filosofia da consciência a partir da tradição em que está inserido e da finitude de seu conhecimento.

² Consultar: Isaia (2017).

A referida matriz aproxima-se da constatação de que o ser dos entes só se dá na *applicatio*, o que será possível diante da condição de ser-no-mundo do intérprete e de sua consciência histórica. Já os “métodos” de procedimento adotados foram o histórico e o monográfico.

OS MODELOS CONSTITUCIONAIS-PROCESSUAIS E OS SISTEMAS DE DECISÃO JUDICIAL

É intenso o desenvolvimento do direito processual civil até a modernidade. Do processo romano antigo ao processo do Estado moderno³ há uma história que ainda não foi de todo estudada, tampouco vem sendo enfrentada nas academias brasileiras de ensino jurídico. Isso se deve ao fato de que o direito processual civil, como atualmente é conhecido, tem como uma de suas fontes o direito praticado na Roma antiga⁴ (SILVA, 1997, p. 25), em especial o do período justinianeu (século VI d.C.).

O mais antigo sistema processual que se tem conhecimento é o relatado durante o período arcaico (até o séc. III a. C.)⁵ do direito romano, tendo sido denominado de processo das *legis actiones*, cujo nascimento data do ano de 754 a.C. Um sistema de ações caracterizado pela acomodação de gestos ou formas orais⁶ onde se exercia uma jurisdição sem caráter de império. Uma jurisdição eminentemente declaratória e marcada por um processo unitário, presidido pelo magistrado. Na época, recebidos pelo magistrado, os cidadãos expunham suas pretensões, que eram ou não acolhidas. Em as

³ Historicamente, a evolução do direito processual civil contempla as seguintes fases, resumidamente: a) processo das *legis actiones* (direito romano arcaico - 754 a. C.); b) processo formulário (período clássico do direito romano - séc. II a.C ao séc. III d.C.); c) processo da *extraordinaria cognitio* (período pós-clássico do direito romano - séc. IV d.C. e seguintes); d) processo da fase judicialista (surgido em Bolonha no séc. XI, onde glosadores retomaram os estudos do *ordo iudiciorum privatorum* romano, universalizando, doravante, a ação condenatória, o que é um dado fulcral para compreender os primórdios de uma jurisdição eminentemente declaratória); e) processo dos praxistas (presente na experiência europeia dos sécs. XVI a XIX, onde a opinião de práticos do direito sobrelevava-se à lei posta); f) processo de cunho procedimentalista (de origem francesa, pós-revolução, que desenvolveu e sofisticou a organização do judiciário); g) processo germânico (idealizado por Oskar Vön Bülow, que em 1868, concebendo o processo como relação jurídica) e h) processo italiano (capitaneado por Chiovenda, Mortara, Carnelutti, Calamandrei, Liebman, dentre outros. Para um maior aprofundamento sobre a história do processo, consultar: Alcalá-Zamora e Castillo (1974).

⁴ Para uma melhor compreensão do presente trabalho, é importante lembrar que a história do direito romano é uma história de vários séculos, tendo como ponto de partida o século VII a.C. Entretanto, o governo de Justiniano data do século VI d.C., prosseguindo a história do legado romano até o século XV com o Império Bizantino. Politicamente, a época romana é dividida pelas fases da Realeza (até 509 a.C.), República (509 a 27 d.C.), Império (ou Principado, com o alto Império até 284, gerido por Diocleciano, e o baixo Império até 566, governado por Justiniano) e Império Bizantino.

⁵ O período do direito romano arcaico consiste em uma ordem de poderes pessoais que se manifestam por ordem de força (*vis*) formalmente ritualizados. Mostram-se, segundo D’Ors, em duas classes: atos de apoderamento de coisas (*vindicatio*) e de pessoas (*manus iniectio*). Destes dois modelos é que derivariam posteriormente os direitos reais e os direitos pessoais. A fonte deste direito arcaico é a tradição prática dos antepassados. Todavia, em meados do século V a.C. tem lugar uma codificação de preceitos jurídicos que se chama lei das XII tábuas. Esta lei foi superada pelo direito posterior, mas jamais derogada em direito romano (1975, p. 29).

⁶ As pretensões dos litigantes deviam obrigatoriamente exprimir-se numa das fórmulas orais reconhecidas pelo uso judiciário. E a lista das fórmulas tinha uma grande importância, correspondendo a cada fórmula um direito reconhecido pelo Estado. Para Villey é sob esta forma rudimentar que nasceu o direito romano (1991, p. 58).

acolhendo, aquele autorizava a perseguir a ação, o que ocorria quando a parte submetia sua pretensão a uma das ações antevistas pelo sistema.⁷

O interessante disso está em que os primórdios do direito processual civil se referem a um momento de fortíssima carga procedimental, ainda que na época houvesse uma estrita ligação entre direito processual e material. Não havia plasticidade. O pensamento objetificante do rito parece contribuir para o velamento do caso concreto, o que somente não se intensificou na sequência evolutiva do direito processual romano em razão do surgimento de outros vetores relacionados à equidade e à organização social, o que iniciou com o procedimento *per formulas* do período clássico romano.

No estudo do direito processual romano é esta uma fase destacada, estendendo-se do século II a.C. ao final do século III d.C. Inicia como um sistema individualista, ao passo que na perspectiva política a liberdade do povo começava a se desvanecer. Era uma época de submissão política à figura do Imperador, o que instigou juristas romanos a construir, no plano do direito privado, um sistema jurídico completo e coerente.

Um contexto em que se destaca o processo *per formulas*, onde a jurisprudência é realmente de orientação, sendo o caso concreto o protagonista da relação processual. Diferentemente do procedimento das *legis actiones*, caracterizado pela unitariedade de rito, o processo no período das fórmulas fracionou-se em duas fases: a primeira, denominada *in iure*, perante o magistrado (pretor); a segunda, denominada *apud iudicem*, perante o juiz particular (*iudex*), a quem era confiada a função judicial de instruir e julgar.⁸

É justamente nesse período, ainda que distante da modernidade, que se pode encontrar o primeiro registro de uma jurisdição protagonista. Veja-se o que, logo abaixo, em linguagem moderna, relata Scialoja (1954, p. 241) sobre a atividade do *iudex*, o magistrado do fracionado processo formulário da fase *in iudictio*, única considerada como legítima atividade jurisdicional naquele período. Em linguagem moderna porque à época do *iudex* ainda não havia nascido o sujeito da modernidade (o sujeito consciente). Para o romanista,

[...] a conduta que o juiz deve observar, o conjunto dos deveres que lhe tenham sido prescritos, constituem o que se chama *officium iudicis*, que se refere tanto ao procedimento e sua condução, como também ao direito substancial, i.e., ao que deve considerar e fazer para emitir uma justa sentença. O fato é que no procedimento *in iudictio* o juiz (*iudex*) possui *amplíssima liberdade a julgar, não devendo atender mais do que sua própria consciência. Tudo o que as partes devem executar perante ele servirá para iluminar sua consciência* (1954, p. 241).

⁷ Gaio, em uma passagem, cita o seguinte exemplo: “se se trata, por exemplo, dum proprietário, que quer reaver o seu escravo dum ladrão, é preciso que conduza o escravo ao tribunal e, colocando sobre a sua cabeça uma vara, em sinal de propriedade, pronuncie uma longa fórmula de que eis o essencial: “Eu digo que este escravo é meu, em virtude do direito quirritário” - *Aio hunc hominen meun esse ex jure quirritum* (VILLEY, 1991, p. 41).

⁸ Consoante os ensinamentos de Kaser (1999, p. 431), a segunda fase do processo perante o juiz privado (*iudex*) destinava-se à produção de provas e à sentença. O autor aduzia as provas do seu pretense direito e o demandado os da sua defesa. O juiz dava a sentença com base nas provas que ele apreciava e de acordo com o programa processual, como se declarou na fase perante o pretor e se tomou por base na introdução do litígio. Entretanto, ressalta Vincenzo Arangio-Ruiz (1974, p. 181-185) que quem efetivamente dizia o direito era o pretor, porquanto era este quem indicava a norma segunda a qual se processaria a relação jurídico-processual.

Tal passagem evidencia que além de receber o legado de uma jurisdição meramente declaratória (dada principalmente a supressão do procedimento dos interditos e a generalização da *actio*) a atividade jurisdicional (principalmente no processo de conhecimento) que foi paulatinamente transmitida aos países da tradição de direito civil (escrito) sobrelevou a consciência do juiz⁹, ou seja, a sua prerrogativa de escolha, perspectiva que, contemporaneamente falando, está distante de uma hermenêutica crítica no instante da aplicação do direito.

A passagem de Scialoja relaciona-se a um dado período da história em que o sujeito da modernidade ainda estava adormecido. Isso porque até o século XVI o mundo ainda girava em torno de um eixo teocêntrico em que Deus concentrava a verdade absoluta, representada pelos Imperadores ou pelas autoridades eclesiásticas, ou pelo Rei que em nome de Deus governava. A modernidade é que vem a romper com isso no contexto do surgimento do próprio liberalismo.

O pensamento moderno desvencilha-se da crença e do estado natural ingressando na seara da razão, local onde afloram a racionalidade instrumental e a emergência do sujeito humano como ser dotado de liberdade (TOURAINÉ, 2002, p. 215-218). Esse foi justamente o impulso necessário para que Descartes sustentasse que a verdade somente adviria de uma nova ciência, lugar habitado por um homem que agora não é simplesmente serviçal de Deus, mas é ser pensante, dotado de toda a razão.

Note-se que o pensamento moderno conduziria o direito processual civil a uma redução conceitual própria às ciências de medir e pesar, alimentando o dogmatismo procedural a ponto de afastar o processo do próprio fato concreto (e, conseqüentemente, do direito material) que lhe dá origem e fundamento. Talvez com isso se explique porque a utilização da razão como único meio, ao indivíduo, ao alcance às verdades absolutas em direito, tornou o processo judicial a-histórico. Um local onde atuam juízes solipsistas, programados para visitar sua própria consciência e sobrelevar o procedimento ao custo do direito material, relegado tradicionalmente em prol da supervalorização do rito. Essa é a compreensão metodológica em que direito processual civil tradicionalmente está inserido.

A relação entre processo e método é um exemplo privilegiado para se compreender a questão. Todavia, isso também leva a investigar o comprometimento medular do direito processual civil com os paradigmas estatais e com a influência do iluminismo racionalista. Esses eventos comunicativos servirão para demonstrar o estado da arte do direito processual civil após o advento do código de 2015. Afinal de contas, donde vem o processo civil de que hoje se dispõe? Trata-se de uma indagação importante, até mesmo porque, ao se renunciar a história, nada se terá a propor de novo.

A fase do liberalismo processual pode ser considerada como o primeiro importante momento do direito processual civil quando relacionado aos paradigmas estatais modernos. Também para a investigação que se propõe. Uma fase em que, diante de um Estado mínimo, absentéista, fundado na obsessão (justificável, ante os abusos da monarquia) em limitar a emanção do poder - o fazendo

⁹ O próprio Chiovenda (1998, p. 158), para quem o juiz em sentença declara a vontade concreta da lei, posição que será objeto de apreciação mais a frente, chegou a referir que a forte ligação do juiz romano com a prova levou a uma atuação jurisdicional onde, em matéria probatória, preponderou o princípio da livre (e imotivada) convicção judicial.

através de uma política de obediência às normas jurídicas, cuja finalidade era impor limites ao poder e permitir seu controle pelos destinatários, além de contar com uma burguesia que concentrava interesses essencialmente patrimonialistas -, o processo era eminentemente escrito e capitaneado por um juiz nitidamente subordinado à “vontade” da lei, principal tese chiovendiana. Nessa fase, portanto, não há que se falar em protagonismo judicial, ao menos nos moldes como hoje se tem trabalhado sobre o tema. Com efeito, leciona Merrymann, especialmente quando investiga as origens da magistratura nos países de tradição jurídica romano-canônica:

[..] En parte el juez en el sistema de derecho civil contemporáneo hereda una posición y realiza una serie de funciones determinadas por la tradición que se remonta hasta el *judex* romano. Esta tradición en que el juez nunca ha sido considerado como parte de una actividad creadora se vió influida por la ideología de la revolución europea y por las consecuencias de la doctrina nacionalista de una estricta separación de poderes (2002, p. 71). [...] El servicio judicial es una carrera burocrática; el juez es un funcionario, un servidor público; la función judicial es estrecha, mecânica y falta de creatividad. (2002, p. 72).

François Ost (1993, p. 173) chega a afirmar que o modelo jurisdicional liberal tem como base fulcral um sistema de direito constituído através dos códigos, estruturado pela formação piramidal de modelo kelseniano, onde cada norma deveria ser analisada a partir de sua relação com a norma superior (a norma hipotético-fundamental kelseniana). O direito, nesse mesmo perfil, acabaria definido sistematicamente a partir da recepção de validade de suas normas, que devem se relacionar (e esse é sua condição de possibilidade para o ingresso no plano da validade) com a norma fundamental não-positiva (Kelsen). O jurista aí deveria descrever a organização em sociedade, a organização de poder, que assumindo uma forma escalonada culminaria em uma Constituição, justificada pela norma suprema, a norma fundamental.

Eis o indício primeiro da demonstração da relação entre processo e método: a filiação intelectual desse modelo de juiz, nesse ambiente processual, ao método da subsunção, capaz de corromper a atividade interpretativa mediante um processo reprodutivo no momento da aplicação do direito. O protagonista desse momento é o legislador. Isso porque se está frente a um modelo jurisdicional a quem incumbe descobrir a regra previamente estabelecida pelo legislador soberano iluminado e declará-la no caso concreto. Um juiz arraigado ao paradigma positivista (e metafísico) de interpretação e aplicação do direito, que assim vinculado metodologicamente tradicionalmente atribui carga pleni-potenciária à regra jurídica.

Mas não fica por aí. A verificação do nascimento de uma “ciência” processual civil comprometida com a filosofia racionalista no século XVII, transformando o direito numa “ciência” em busca da verdade, sem qualquer comprometimento com a justiça do caso concreto, também contribuiria para a sedimentação dessa relação entre processo e método. Nisso não há como deixar de lembrar Ovídio Baptista e sua incansável investigação acerca da cristalização do modelo do *ordo iudiciorum privatorum* romano com seus correspondentes lógicos da *actio* e da ação condenatória,

principalmente ao alertar (criticamente) que somente o procedimento ordinário seria capaz de assegurar uma situação de neutralidade ao magistrado (SILVA, 1997, p. 132).

A aproximação com os filósofos racionalistas do século XVII exerceu um papel fundamental para que o processualista gaúcho chegasse a essa conclusão. Trata-se de um século em que a filosofia necessitou de que o saber tivesse alcançado a ideia de um ser supremo e de uma certeza suprema intuitivamente apreendida e que tivesse transmitido a luz dessa certeza a todo o ser e a todo o saber dela deduzido. A escolha por métodos, como o da demonstração e o da dedução rigorosa relacionam-se a esse desiderato. São eles os responsáveis pelo perpasso a toda a cadeia do cognoscível, onde nenhum elo poderia ser separado na recondução à causa primeira do ser e da certeza (CASSIRER, 1992, p. 24).

Essa construção auxilia a compreender porque o direito processo civil, por tradição, mantém-se adstrito ao espírito dogmático, afastado das ciências da compreensão. Um processo que renunciou a historicidade e a própria hermenêutica (enquanto atividade compreensiva); que por muito tempo representou (e ainda representa, em alguma medida) os ideais de um racionalismo focado na satisfação do binômio *certeza e segurança* em prol de uma sociedade excludente e concentradora do poder. E que assim continua a buscar, em pleno século XXI e diante de um paradigma estatal que se expressa enquanto meio transformador da realidade, o desvelar de verdades eternas ignorando a fórmula de contingência da sociedade neste século.

Por essa lente de observação o sonho do processo é o sonho da exatidão, da certeza, da descoberta e da demonstração, o que vem da filosofia do racionalismo com Welzel, Descartes, Hobbes, Leibniz, Locke, Rousseau, Savigny, Montesquieu, dentre outros da supracitada tradição filosófica. Sua influência ao processo está em que, a partir dela, as respostas em processo civil deverão ser certas ou erradas; são dependentes de definições, que sempre vem pré-dadas (Savigny). Como se fosse possível permitir ao homem a construção de um mundo harmônico e tranquilo.

Essa é a ideologia do agir jurisdicional a partir do século XVII e da construção do Estado da modernidade, onde o direito passa a ser obra exclusiva do legislador. O juiz se transformaria no oráculo da lei (local onde foi aprisionado), o fazendo através da prática do silogismo entre premissa maior (lei) e menor (fato), o que hoje revela o componente autoritário dessa ideologia, escancarada num direito produzido unicamente pela vontade soberana e reproduzido pela funcionalidade judicial.

Na fase do liberalismo processual o processo era “propriedade” das partes. Um processo escrito, de longa duração, desprovido no sistema de muitos países da imediatidade entre julgador e prova. Essa percepção de processo capitaneado pelos advogados das partes e embebido pelo racionalismo e sua neurose pela busca da verdade e da certeza levaria a uma série de consequências. A principal: a proscrição dos provimentos fundados em juízos de verossimilhança, vez que a matematização do processo conduziria a magistratura à condição de reprodutora do sentido da lei, de declaração do sentido da lei, o que somente poderia ocorrer após cognição exauriente, dada mesmo a compreensão do Poder Judiciário como um poder subordinado, retirando qualquer compromisso

de eticidade dos juízes ao dizer o direito. Assim é possível entender porque o sistema praticamente não admite julgamentos de mérito provisórios.

Claro: se ao juiz - como corolário da atividade processual romana e da influência da ordinariedade do *ordo iudiciorum* e, posteriormente, com a influência do liberalismo, principalmente do princípio da separação dos poderes - caberia declarar a vontade da lei, isso só poderia ocorrer na sentença final, por intermédio de um processo de cognição exauriente. É também assim que o procedimento afasta-se de uma sociologia do direito. Em ênfase crítica aos ideais racionalistas, Niklas Luhmann (1980, p. 17-20) alerta que em processo o sentido que se confere ao procedimento está relacionado a uma visão de verdade, através da qual as decisões desvelariam a justiça. Disso derivaria que o objetivo principal do processo seria relacionado ao ideário da proteção jurídica, justificando seus institutos.

A esse objetivo seriam absolutamente incompatíveis os juízos construídos sob o manto da sumariiedade, da verossimilhança, já que inconciliáveis ao alcance da verdade, submetida, ao contrário, a ritualizações, a métodos que se estruturam como uma espécie de sequência fixa de ações pré-determinadas. O processo, agora seduzido pela ânsia de certeza promovida pelo racionalismo (onde tudo se matematiza, se geometriza), tornar-se-ia metodologicamente análogo a uma equação matemática, devendo propiciar ao magistrado, devidamente apoiado pela liturgia da ordinarização do rito, o alcance de uma verdade matemática.

Ainda que a relação entre processo e método não tenha sido até hoje superada, ao menos as características principais da estrutura processual e da jurisdição se alteraram na fase da socialização processual, local onde se sedimentou a posição protagonista da magistratura na era moderna. Trata-se de uma fase que teve seu apogeu no século XX, juntamente com o afloramento do Estado de feição social de direito. Um período em que o direito pretende deixar um estado de esclerose funcional (verificável no Estado de espectro liberal) para se tornar ator ativista, aproximando Estado e sociedade, dada mesmo a função promocional de sua nova roupagem.

Mesmo ante a crise do Estado social é possível qualificar o direito (e em especial a jurisdição, como órgão legitimado a “dizê-lo”) deste modelo através de uma postura que, ao pretender assumir uma nova função diante da inefetividade do poder executivo, aproxima o Estado da sociedade civil com a possibilidade que exsurge a qualquer cidadão do povo de fazer exigir o cumprimento dos direitos de ordem social (o que, repita-se, se intensificará no Estado Democrático de Direito).

Evidentemente, o processo civil acompanhou essa transformação. O que se denomina de socialização processual teve como precursora a literatura de Anton Menger, Franz Klein e Oskar Vön Bülow. O pensamento que conduz suas teorias identifica-se por supervalorizar a posição do magistrado no ambiente processual, diminuindo, por consequência, a participação das partes (e o protagonismo do próprio direito). Daí a transição, principalmente na Alemanha e Áustria, de um processo liberal, escrito e protagonizado pelas partes, a um processo socializado.

Um processo caracterizado enquanto “instituição estatal de bem-estar social”, como dizia Franz Klein, rumando a uma estrutura processual caracterizada por uma imponente oralidade, onde o protagonista é o juiz, dado o aumento de seus poderes. Trata-se, como leciona Dierle Nunes, da atribuição da direção do processo ao juiz, tanto no aspecto formal da regularidade dos atos processuais quanto no aspecto material, este atinente ao controle e iniciativa oficiosa no recolhimento do material que formará seu convencimento (NUNES, 2009, p. 46).

Com Anton Menger, no reforço da figura do magistrado surge o juiz-educador, preocupado com a instrução do povo quanto a seus direitos, compensando possíveis “desigualdades”. Com Klein e o processo do “bem-estar social” dá-se o aumento considerável dos poderes do juiz por intermédio de um processo oralizado, o que influenciou o processo brasileiro já na edição do código de processo civil de 1939, onde se sobrelevava a instrução probatória e a superioridade do papel do juiz na condução do procedimento. Finalmente com Bülow, o que se percebe, para além dos demais autores, é a estruturação da relação jurídico-processual eminentemente publicista e concentrada na pessoa solitária do magistrado, que atuaria como um porta-voz do sentimento jurídico do povo (NUNES *et al.*, 2011, p. 55).

Segundo Luis Machado Guimarães ainda em 1924 já se pode visualizar a aproximação das leis processuais alemã e austríaca, caracterizadas pelo abandono progressivo da ideologia liberal que norteava principalmente o direito judiciário alemão. Essa tendência à concentração e à concessão ao juiz dos poderes de *dominus litis* encontraria, no Estado Novo Alemão, o seu clima mais propício. Nesse ambiente político o juiz não mais poderia se considerar um meio que o Estado punha à disposição das partes para dirimir os conflitos de interesses privados. É o juiz, a partir de então, considerado o representante soberano da lei, no intuito de assegurar a paz social. Assim é que passaria a ser o *Führer* do processo (GUIMARÃES, 1940, p. 20).

O pano de fundo para o aumento dos poderes do juiz e a sedimentação de sua posição protagonista encontraria morada na oralidade processual. A partir dela é que ele se transformaria de inerte espectador a sujeito ativo do processo, autorizado a dirigir utilmente toda a instrução e todo o andamento processual. Suas principais características foram: 1º) o prevalecimento da palavra como meio de expressão moderada pelo uso da escrita de preparação e documentação; 2º) a imediatidade e a identidade física do juiz e das pessoas cujas declarações deve avaliar; 3º) a concentração do trato da causa em um único período (debate) a ser feito em uma ou em poucas audiências próximas; 4º) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias (CHIOVENDA, 1940, p. 57-68).

Na fase da socialização processual, portanto, está-se diante de um processo oral, protagonizado pelo juiz. Também um processo mais simplificado, concebido enquanto instituição pública do bem-estar social, local habitado pelo juiz executor da justiça social, trazendo ao Poder Judiciário o qualitativo ativista e o levando a um verdadeiro dilema, denunciado por Mauro Cappelletti: permanecer fiel à função tradicional e limitada do reproducionismo legal-positivo ou elevar-se ao nível dos outros poderes a fim de se tornar um terceiro gigante (1999, p. 47).

A qualidade social presente nesta modalidade estatal exigiria que o Judiciário optasse pela segunda alternativa (o que ocorreu, pode-se dizer, com mais intensidade, nos Estados Unidos e Inglaterra), quando então os juízes tornaram-se os controladores não só da atividade do mundo privado-individual como também dos poderes políticos (CAPPELLETTI, 1999, p. 49). O juiz criativo seria uma antítese ao modelo clássico jurisdicional (de Justiniano a Montesquieu), onde a atividade dos juízes se resumia na simples declaração do direito a partir da prática da subsunção dos textos legais.

O juiz criativo cappellettiano pretende (vem pretendendo, já que ainda vive) superar a inanimada função jurisdicional de atuar como “boca-da-lei” (o que nunca foi, a não ser quando o juiz precedia a lei), o fazendo na aposta ao subjetivismo interpretativo, caracterizado pela faculdade na prerrogativa de escolha não-fundamentada. O qualitativo da discricionariedade é a pedra-de-toque desse modelo jurisdicional, que se vê na obrigação, a partir da supracitada prerrogativa de escolha (discricionariedade), de implementar os valores que dão sustentáculo à constitucionalização da questão social a partir do uso do monopólio da jurisdição.

Esse juiz “discricionário” (que aqui poderia muito bem ser confundido com decisionista ou arbitrário) deixaria de se debater, em prol de suas convicções, de sua subjetividade, com todo um conjunto de padrões jurídicos que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação, os quais dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação (aplicação) das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedentes jurisprudenciais, etc. Enfim, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo (DWORKIN, 2007, p. 65).

Quando se fala em um direito processual civil no interior do constitucionalismo do Estado democrático de direito a perspectiva da socialização processual, principalmente no que tange ao protagonismo judicial, cai complementemente por terra. Isso se deve ao fato de que, seja diante da perda de exclusividade no exercício das funções estatais, seja em razão das modificações sofridas pela sociedade (em função da complexidade da sociedade contemporânea), a plataforma político-jurídica do Estado democrático de direito exige que se pense em uma espécie de aproximação funcional dos poderes na realização de um projeto efetivamente solidário. Justamente por isso é que o exercício jurisdicional recebeu, diante da referida modalidade estatal, tanto a função de zelar quanto a de implementar, a partir dos textos constitucionais, os direitos sociais (ou direitos em rede).

O problema então está em que o Poder Judiciário, pelo processo, em pleno paradigma instituído pelo Estado democrático de direito, de economia globalizada e interesses supra-individuais, em alguma medida ainda continua a reconhecer preponderantemente a resolução de conflitos entre sujeitos iguais, indo de encontro ao movimento constitucional contemporâneo, notadamente a partir da inserção dos princípios e do resgate do mundo prático pela filosofia, sobrelevando o papel solipsista da magistratura. Tal problema se agrava ainda mais diante da resistência positivista no tradicional exercício da jurisdição, que tem como característica justamente a admissão da discricionariedade e de decisionismos (subjetivismos).

Esse quadro somente poderá ser alterado quando o processo passar realmente a incorporar o fenômeno da constitucionalização. Quando se fala em constitucionalização do processo, a ideia é re-avaliar seu papel no que tange a questões como acesso à justiça, eficiência (qualidade) da judicialização e, principalmente, democratização processual. Promoção de direitos fundamentais, rompimento com a cultura dos julgamentos quantitativos, variabilidade de procedimentos em acordo com princípios e regras dimensionadas pela Constituição, todos exemplos das duas primeiras questões.

Já no que tange à democratização do processo está-se a trabalhar com uma perspectiva constitucional do sistema processual, de modo que sua reestruturação (o que guarda relação com o acesso à justiça, o compartilhamento de poderes, a sumarização material e procedimental e a interpretação em processo) dê-se a partir do modelo de processo constitucional, para além de uma visão dogmática e técnica, almejando viabilizar o exercício dos direitos fundamentais.

Democratizar o processo não significa unicamente sobrelevar o contraditório, mas apostar num sistema complexo participativo das estruturas decisórias, o que significa reforçar o papel do Estado democrático de direito a partir dos próprios direitos fundamentais, individuais, coletivos ou difusos em rede, enfatizando o papel do debate processual. Como refere Dierle Nunes, “não é mais possível reduzir o processo a uma relação jurídica vista como um mecanismo no qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade de modo que o debate processual é relegado a um segundo plano” (NUNES, 2009, p. 39).

Ultrapassar a lógica processual constituída classicamente pelo binômio juiz/partes é medida que se impõe na sedimentação de um processo democrático-constitucionalizado. Em seu lugar deve ser reforçada tanto a atuação de um juiz que tenha ciência da responsabilidade social e política de suas decisões quanto uma (necessária) abertura processual (incluindo setores diversos da sociedade, quando interessados na causa). Sua atuação conjunta tornaria possível falar em coerência e integridade do direito (STRECK, 2007, p. 272), ciente da responsabilidade do processo ante uma Constituição diretiva fundamental. Esta, a verdadeira protagonista.

O ESTADO DA ARTE DAS DECISÕES JUDICIAIS EM TEMPOS DE CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Feito o esboço histórico acerca das origens do protagonismo judicial no direito processual civil é hora de se questionar como o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) enfrenta a questão. Inegavelmente, parece ser pontual a preocupação do legislador do novel diploma processual em propor o acoplamento estrutural do sistema processual com o sistema constitucional brasileiro. Provam isso os primeiros doze artigos do código. Veja-se que uma possível “manifestação democrática” do CPC/2015 - o que por si só já seria um verdadeiro rompante ao protagonismo judicial - pode ser encontrada já no primeiro artigo, já que dispõe que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme à Constituição.

Mas o CPC/2015 não para por aí. A instituição da ordem cronológica de julgamentos (a criação de listagens de processos informando as partes sobre uma possível data de julgamento dos processos), a sedimentação do contraditório prévio, a tentativa sistêmica de solução amigável de conflitos, a simplificação dos atos processuais, o aprimoramento do processo de execução e do trâmite dos processos nos tribunais, são todos exemplos de uma nítida tentativa de “constitucionalização do processo”, o que ao fim e ao cabo servem também a combater o protagonismo judicial.

Todavia, o mais significativo enfretamento do tema “protagonismo judicial” no código é, sem dúvida, o disposto no artigo 489, que dispõe sobre os elementos e efeitos da sentença. Note-se que, precisamente no parágrafo primeiro do artigo, o código dispõe que não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial, seja sentença, decisão interlocutória ou acórdão que: a) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; b) empregar conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; c) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; d) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; e) limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; f) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Está-se diante de uma verdadeira ruptura paradigmática no universo do direito processual civil brasileiro. Não resta a menor dúvida de que, se realmente levado a cabo o dispositivo legal em comento, estar-se-á diante de uma ferramenta bastante eficaz no combate ao decisionismo judicial, bem como à possibilidade dos juízes decidirem conforme à sua consciência. Diante ainda do rompimento a uma cultura jurídica que há séculos confere ao juiz a posição de senhor da linguagem, local em que se despreza o conjunto de contextos interpretativos já existentes e em que se dizem direitos de forma livre, independente dos vínculos a uma tradição jurídica aceita pela comunidade.

O dispositivo legal exige que os juízes fundamentem adequadamente suas decisões, deixando de lado a prática acrítica da reprodução, da irreflexão do Direito. Declara guerra à subjetividade, impondo o dever judicial de enfrentamento de todas as teses invocadas no processo e da vinculação do caso concreto às súmulas ou outro qualquer enunciado jurisprudencial, dentre outras exigências.

Imergindo-se o §1.º do artigo 489 do código no oceano de uma filosofia no direito processual civil, interpretar é explicitar o compreendido¹⁰. Logo, no CPC/2015 não pode haver mais espaço para sentenças enquanto resultado do silogismo entre premissa maior (lei) e menor (fato). Seu desiderato, quanto a isso, é romper com a simples adequação da norma ao fato. Caminhando em sentido contrário, depende de um processo decisório construtivo (de atribuição de sentido) a partir da posição ocupada pelo magistrado e seu dever de respeito aos limites impostos pelo sistema autônomo do Direito.

¹⁰ Sobre isso consultar Isaia (2017).

A compreensão do §1.º do artigo 489 pressupõe um dar-se conta de que o conhecimento sobre o caso concreto, ou seja, o próprio acesso a ele, sempre se dá a partir de um ponto de vista, de uma pré-compreensão. É esta a condição inexorável à interpretação e (não cindida) aplicação do direito (que do fato não se cinde). Para interpretar é preciso compreender, o que tem como condição de possibilidade a pré-compreensão, que se constitui num constante (re)projetar de sentidos a partir da condição de ser-no-mundo em que vive e age o intérprete. Isso lembra Heidegger, que no âmbito da filosofia dirá que a compreensão é um existencial, uma categoria pela qual o homem se forma.

A linguagem, nesse contexto, é condição de possibilidade, é constituidora do saber, do modo-de-ser-no-mundo. Sem ela, não se chega a algo enquanto algo. Por ela, compreender é um modo-de-ser, o que justifica porque sentença não vem de sentir e porque a suposta verdade por ela almejada não é produto do método, mas uma questão relativa à manifestação do ser, que é tempo, história. Decisão (judicial), nesse sentido, é desocultação, desvelamento, *aletheia*. Assim devem ser compreendidos todos os dispositivos do CPC/2015 relacionados à temática decisória.

Se o ato jurisdicional é (filosoficamente) interpretação, o que não poderia ser diferente no paradigma instituído pelo Estado democrático de direito, isso implica em dizer que também é preocupação do CPC/2015 as decisões construídas a partir da consciência do juiz, sem que qualquer padrão legitimamente adotado pelo direito seja levado em consideração. Essa é mais do que uma postura positivista. É arbitrária e decisionista.

O problema é que nem todos os dias têm sol. Se juízes demonstram dificuldade em compreender (aplicar) o sistema de signos do artigo 489 do CPC/2015, o mesmo se pode dizer em relação ao próprio legislador do código, que no §2.º do artigo 489 previu que “*No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão*”. Aqui o legislador não apenas deslizou semanticamente, mas deu azo a um pensamento contínuo que insiste em manter o processo, mesmo que em alguma medida, no interior da filosofia da consciência e seu corolário da subjetividade decisória.

O problema todo está na tal ponderação judicial. Sobre isso importa registrar, de início, que algumas teorias interpretativas (denominadas pós-positivistas) cindem casos fáceis e casos difíceis, propondo como método de solução dos primeiros a figura da subsunção. Neles o juiz aplicaria o direito ao caso concreto subsumindo diretamente as regras existentes no ordenamento jurídico. Os casos difíceis seriam solucionados pela atividade criativa do juiz, a partir de sua “experiência”, permitindo que fizesse a escolha entre uma ou outra solução para o caso concreto, tese defendida principalmente por Herbert Hart.

Já em Robert Alexy, na obra *Teoria da Argumentação Jurídica*¹¹, aparece a ideia de que o referido silogismo judicial, aplicável quando o intérprete se depara com um caso fácil, não tem o condão de esgotar o raciocínio jurídico, até mesmo porque, para Alexy, a linguagem jurídica seria imprecisa (2003, p. 65-67).

¹¹ Referência completa: Alexy (2003).

Por isso Alexy socorre-se aos princípios, seguindo a onda interpretativa do segundo pós-guerra, onde se evidenciaram as insuficiências do monopólio da lei como norte para a aplicação do direito.

A teoria de Alexy elegeu então a ponderação como o método aplicável à ocorrência dos casos difíceis, o que definitivamente foi mal lido em *terrae brasilis*. Trata-se de uma teoria complexa, em que a expressão “ponderação” guarda relação a uma fundamentação racional argumentativa das decisões judiciais, não ao recurso à consciência do magistrado. Como leciona Lenio Streck,

[...] o ponto central sobre a relação entre Direito e Moral em Alexy se dá a partir da incorporação de direitos fundamentais ao sistema jurídico, uma vez que se trata de enunciados com uma vagueza semântica maior que a das meras regras jurídicas. Desenvolve, assim, uma teoria dos direitos fundamentais que tem como uma de suas características centrais a noção de que nos casos em que o litígio jurídico pode ser resolvido pela mera previsão de uma regra, aplica-se a técnica da subsunção (casos fáceis); no entanto, devido à abertura semântica das normas de direitos fundamentais, o autor acrescentará a noção de que estes se tratam de princípios com natureza de mandamentos de otimização, tendo em vista que podem entrar em colisão e, para resolver o conflito, deve o intérprete recorrer a uma ponderação (nos casos difíceis). O sopesamento (ponderação), através do que Alexy chamará de máxima da proporcionalidade, será o modo que o autor encontrará para resolver os conflitos jurídicos em que há colisão de princípios [atenção, juristas de Pindorama: *é colisão de princípios e não, genericamente, de NORMAS*] sendo um procedimento composto por três etapas: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito [atenção juristas pindoramenses: há um PROCEDIMENTO composto por três etapas]. Enquanto as duas primeiras se encarregam de esclarecer as possibilidades fáticas, a última será responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito, recebendo do autor o nome de lei do sopesamento (ou da ponderação) que tem a seguinte redação: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (2015, p. 08).

A complexidade da teoria de Alexy e o sentido do que pretende ao eleger a ponderação como possível saída na ocorrência dos chamados casos difíceis está longe de ser compatível com a ponderação sustentada tradicionalmente nos tribunais brasileiros¹² e possivelmente a prevista pelo legislador processual. A toda vista, a ponderação de que trata o próprio CPC/2015, no artigo 489, §2.º, no caso de colisão entre normas (o que é outro absurdo, considerando que normas são regras e princípios¹³), está no poder de escolha do magistrado, ou seja, na atividade subjetiva que irá definir discricionariamente qual norma (regras ou princípios) deve e qual não deve ser aplicada.

Note-se que a tentativa de superação da discricionariedade no momento da aplicação do direito foi originalmente proposta por Ronald Dworkin, ainda que este mantenha a cisão entre casos fáceis e difíceis (RODRÍGUEZ, 1997, p. 68), o que se deu muito antes da entrada em vigência do CPC/2015. Para o jurista estadunidense, as partes em um processo têm direito a obter uma solução (que Dworkin denominará de resposta correta) de acordo com o ordenamento jurídico preexistente, o que deve ocorrer tanto nos casos fáceis quanto nos difíceis. Nestes últimos utilizando-se dos princípios vigentes (em especial os constitucionais) no ordenamento jurídico (RODRÍGUEZ, 1997, p. 35-37). A postura

¹² Sobre a questão da ponderação, principalmente no âmbito do STF, consultar Moraes (2016).

¹³ Consultar, sobre isso, Oliveira (2008).

antidiscricional de Dworkin tem como base de sustentação justamente os princípios jurídicos, que assumem uma função de destaque na teoria da busca da resposta correta (DWORKIN, 2005).

A distinção (não cisão) entre princípios e regras será fundamental para que Dworkin negue a possibilidade da prática de decisionismos ou discricionariedades na prática judiciária, sustentando que enquanto as regras operam no sistema tudo ou nada - cuja incidência (da regra) está condicionada à possibilidade de que os fatos previstos por uma regra se façam presentes - os princípios, que estariam por detrás de todas as regras, não seguiriam essa lógica. Estes se manteriam vigentes, mesmo que não houvesse um nexo direto entre os fatos e a suposta conclusão jurídica àquele caso concreto (RODRÍGUEZ, 1997, p. 49-50).

Isso é perfeitamente aliável à concepção jurisdicional presente no Estado democrático de direito, o que se deve à profunda intervenção do Poder Judiciário na realização das promessas sociais constitucionais (consecução das políticas públicas) advindas do constitucionalismo (dirigente) do segundo pós-guerra, tornando-se a verdadeira condição de possibilidade para a reescrita da democracia a partir do deslocamento (no contexto constitucional) da concepção formal para substancial; da legislativa para a judiciária.

A utilização dos princípios constitucionais (e também dos processuais) a partir da tese dworkiniana explica e justifica o papel dos juízes na contemporaneidade (BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 322), o que ocorreria desde uma atitude ativa não discricionária na concretização de direitos e, por consequência, da própria democracia, afinal de contas o referido tema acaba esbarrando na legitimidade dos juízes no trato dos poderes normativos quando da construção da decisão judicial.

No foro do direito processual civil uma das principais concepções sobre a relação entre processo e princípio foi desenvolvida por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que na tentativa de combater o excessivo formalismo que paira nos campos do processo fez emergir a tese do formalismo-valorativo, no sentido da criação de um poder ordenador que se preste a organizar um processo justo, assim compreendido aquele que colabora com a “justiça material da decisão” (OLIVEIRA, 2006, p. 60). Segundo o processualista gaúcho alguns valores, tais como efetividade e segurança, devem funcionar como “sobrepontos” de orientação judicial na aplicação das regras e dos próprios princípios.

Ainda que a tese de Alvaro de Oliveira seja importante para compreender que o processo não é um fim em si mesmo, seu problema está justamente em sobrelevar o papel do juiz na ponderação dos referidos valores, mormente quando a norma não trouxer direta solução (por subsunção) a determinado conflito. Alvaro de Oliveira pugna pela aplicação dos princípios jurídicos a partir da ponderação do magistrado, em atitude de sopesamento do princípio a ser aplicado ao caso concreto, deixando essa escolha ao magistrado, o que em nada tem a ver com a teoria de Alexy, mas sim, ao que tudo indica, com a técnica de ponderação objetivada pelo legislador processual.

Nesse passo, a ponderação do artigo 489, §2.º, do CPC 2015, retroalimenta a subjetividade judicial, o que vai à contramão do intuito democrático proposto pelo próprio legislador constitucio-

nal. A crítica ao protagonismo judicial parece indicar que a atividade interpretativa demandada pelo Estado democrático de direito exige que se supere a figura do magistrado que decide recorrendo à sua consciência, à sua subjetividade (ponderação, vontade, experiência etc.), interpretando (somente nos casos difíceis) para extrair o conteúdo da norma ou o significado ideal do texto. Por isso é que a atividade jurisdicional no Estado de feição democrática de direito pressupõe uma hermenêutica crítica no instante da interpretação/aplicação do direito, o que implica levar o direito a sério.

Não pode haver espaço para escolha de sentidos. Para o “livre convencimento” do juiz. Nesse passo, veja-se que o CPC/2015 pode ser justificado por princípios que, já nos primeiros artigos do código, sob o título *Normas fundamentais do processo civil*, abrilhantam um sistema principiológico à semelhança de um modelo constitucional de processo, em que se evidenciam a necessidade de aplicação das disposições do código conforme a Constituição (artigo 1.º). Também, exaltou-se a iniciativa processual da parte (artigo 2.º), a prática da conciliação, da mediação e da arbitragem como meios eficazes de solução de conflitos (artigo 3.º, §3.º), a duração do processo em tempo razoável (artigo 4.º), o dever ético-processual representado pela boa-fé e pela cooperação processual (arts. 5.º e 6.º), a reafirmação da força do contraditório e sua posição de influência no processo de tomada de decisões (arts. 7.º, 9.º e 10.º), a promoção da dignidade da pessoa humana (artigo 8.º), a publicidade e o dever de fundamentação das decisões judiciais (artigo 11.º) e a ordem cronológica de conclusão para sentenças e acórdãos (artigo 12.º).

Tanto os princípios constitucionais quanto os princípios processuais constitucionais instituídos pelo CPC/2015 são normas vinculativas e, portanto, servem a evitar o recurso à consciência do magistrado no processo de tomada de decisão. Veja-se que, segundo Dworkin, princípio é um “padrão que deve ser observado” (DWORKIN, 2007, p. 36), possuindo uma “dimensão de peso ou importância” (DWORKIN, 2007, p. 42), o que leva à conclusão de que o direito tem seus próprios padrões pré-estabelecidos pela comunidade, não havendo lugar, justamente diante disso, para qualquer decisão fora desses padrões.

Entretanto, a luta contra o solipsismo judicial e todas as modalidades de decisionismos a ele relacionadas não pode ser compreendida como uma luta contra o processo interpretativo, inexorável à prestação jurisdicional. O que não se pode conceber, mesmo que isso esteja subentendido no código de 2015, é que o ato interpretativo jurisdicional seja relacionado a qualquer espécie de atividade extratora de sentido (da lei), prática positivista que se alicerça no paradigma aristotélico-tomista-dedutivista. Acreditar nisso é acreditar que, ao menos no plano decisório, o novo Código de Processo Civil tem a contribuir com os anseios populares de um Estado democrático, que possibilite o protagonismo da Constituição e do caso concreto como uma forma eficaz a constituir o resgate dos direitos fundamentais e da democracia.

No *locus* fenomenológico instituído pelo CPC/2015 as possibilidades de decisionismos (positivista) tendem a ceder à percepção integrativa do direito. À construção de um discurso que, segundo François Ost, é caracterizado pela produção de justificações transtemporais, inscrevendo a interpre-

tação presente na continuidade de um discurso jurídico ininterrupto (OST, 1999, p. 96). Isso exige a aplicação (no processo) do direito de forma coerente com o plano fático material e com a necessidade do magistrado não se limitar à indicação da lei “escolhida” como solução do caso, tampouco à súmula ou jurisprudência sem identificar os seus fundamentos determinantes.

Não se pode esquecer que o direito tem sua autonomia e por isso deve ser compreendido diante de sua integridade, o que faz lembrar Dworkin em *O Império do Direito*. Para o jusfilósofo norte-americano, o direito como integridade (*integrity*), como prática social argumentativa, irá rejeitar o problema dos juízes em descobrirem-no ou inventarem-no através do procedimento, porquanto seu fundamento está na fidelidade à história política da comunidade. Devem atuar, ao contrário, os juízes, para fortalecer a *integrity*, a partir do pressuposto de que direitos e deveres legais foram criados pela própria comunidade, o que expressa uma concepção coerente de justiça e equidade, onde “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça e equidade” (1999, p. 271-272). Respeitando a história (e o fato em si), preocupando-se em oferecer um futuro honrado, o próprio direito nessa perspectiva se mostra a antítese da postura decisionista jurisdicional, deplorando “o antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’” (1999, p. 274), ou seja, de que os sentidos se dão no distanciamento sujeito-objeto e não na intersubjetividade, através da linguagem.

Numa leitura dworkiniana do CPC/2015 o direito enquanto integridade carece da compreensão de uma verdadeira coerência principiológica que refuja ao ideário das concepções¹⁴ convencionalistas (que desprezam o passado, contentando-se em assentar suas decisões em convenções presentes) ou pragmatistas do direito (que se preocupam exclusivamente com a eficácia da decisão compreendida como capacidade de agir com sucesso sobre o futuro da situação tratada) (OST, 1999, p. 97).

Sem desprezar os ideais de equidade (*fairness*) e justiça (*justice*), ela exige uma atuação estatal coerente com princípios jurídicos, especialmente os constitucionais. Negará que as manifestações do direito sejam meros relatos pretéritos (tese convencionalista) ou simplesmente programas de futuro (tese pragmatista), até mesmo porque o lugar interpretativo oriundo da tese dworkiniana se manifesta em simbiose entre as posições que se voltam ao passado e as que se voltam ao futuro (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 209).

Na mesma senda o direito processual civil pode ser organizado e justificado por princípios suficientemente atraentes que almejem um futuro digno ao direito. Note-se que Dworkin, numa perspectiva hermenêutica, respeita o valor da tradição - em verdadeira crítica ao historicismo e a ficcional imuni-

¹⁴ Para o convencionalismo o direito só irá se legitimar quando sustentado por uma decisão política do passado que promova o consenso entre os juristas, podendo ser reduzida à obediência e respeito às convenções pretéritas. Em caso de anomia, o juiz estaria habilitado a criar o direito ou se valer de seu poder discricionário. Logo, para o convencionalismo não existe direito a não ser o extraído de decisões por meio de técnicas referentes às questões de convenção. Para o pragmatismo o direito seria fruto da criação do judiciário. Dessa forma, para o pragmatismo as pessoas nunca têm direito a nada, a não ser à decisão judicial, que, ao final, deve se revelar a melhor para a comunidade como um todo, o que habilita o juiz a se desvincular de toda e qualquer decisão política do passado, aplicando um direito novo que ele mesmo criou. Para maiores aprofundamentos sobre ambas as percepções sobre o direito consultar Dworkin (1999, p. 185) e Fernandes e Pedron (2008, p. 207).

dade do homem aos fatos da história -, fazendo referência (quando da trata da interpretação jurídica) metaforicamente a uma espécie de “romance em cadeia”, como o escrito por uma série de romancistas, onde cada um interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo.

Assim se justifica a atividade jurisdicional sob a tese da *integrity* de Dworkin, a qual se tomou por emprestado neste trabalho para sustentar a tese de que os juízes têm o dever e a obrigação de levar em conta o que outros juízes decidiram em casos semelhantes, devendo “considerar as decisões deles como parte de uma longa história que têm de interpretar e continuar” (1999, p. 286). Não se trata de simplesmente reproduzir decisões passadas, requerendo, ao contrário, que as decisões tomadas se conformem aos princípios que justificam a tradição (naquilo em que se demonstrar autêntica).

Todos os enfoques dados à questão do protagonismo no direito processual civil devem considerar isso. Devem partir do pressuposto, portanto, que as decisões judiciais devem ser tomadas em considerando o direito enquanto sistema principiológico e, também por isso, autônomo, onde não há espaço para subjetividades assujeitadoras. Ainda, que uma decisão judicial pressupõe a devida pré-compreensão desse sistema e que isso sempre é uma nova atividade projeção de sentidos, de construção, encontrando limites nos próprios limites do sistema jurídico.

CONCLUSÃO

A partir das linhas anteriores é possível concluir que o CPC/2015, ao menos em alguma medida, vai ao encontro de uma perspectiva inovadora, notadamente no que tange à questão da fundamentação das decisões, o que ao fim e ao cabo se reflete no tema do protagonismo judicial.

Quando um sistema processual proíbe que um magistrado limite-se à indicação, reprodução ou à paráfrase de ato normativo, empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso, invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, deixe de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, seja coibido a limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos está-se, em verdade, com vistas à democratização do direito e do processo judicial.

E o objetivo disso é qualificar as decisões judiciais. É fomentar a coerência e o respeito à integridade do direito nestas decisões, que passam então a ter justificações transtemporais, preservando a prática social argumentativa e os direitos criados pela comunidade.

Isso pode sim representar o início da instituição de um processo realmente constitucionalizado. De um processo alicerçado na ideia de “romance em cadeia”, como se viu, onde o vencedor é o próprio direito e, por consequência, a democracia. De um processo coadunado à percepção de continuidade de suas justificações. Um processo que está preocupado com o respeito à história, ao direito material e constitucional invocado no caso concreto, sempre único e particular.

Nesse tipo de processo não há lugar para subjetivismos. Por isso é que mesmo diante da vagueza da lei ou da ambiguidade da linguagem, não podem os juízes atribuir os sentidos que mais lhe interessem na solução da causa. O CPC/2015 não deseja essa solução, mesmo que por vezes a ela se incline.

Daí o fato de já na introdução deste trabalho fez-se referência à utilização da hermenêutica (de cariz filosófico) como teoria de base, tanto da pesquisa quanto do mérito do que se está aqui a tratar. É ela a responsável por dirimir a tensão entre os textos legais e o sentido que intérprete tem a atribuir (*Sinngebung*) aos mesmos, ao que se aliou a contribuição oriunda do debate entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, o que vai diretamente de encontro a qualquer modalidade de subsunção (simples confronto da lei com o caso) no momento de aplicação da lei.

É isso que, em visão otimista, objetivou o legislador do CPC/2015 ao instituir o artigo 489, §1.º. Ainda assim não é o fim do fim do protagonismo judicial. Isso porque, socorrendo-se mais uma vez a Lenio Streck, o processo dominante de interpretação do direito sempre depende de um sujeito que se relaciona com a lei e com o fato como se pudesse deles sempre dispor (2017, p. 18). No CPC 2015, note-se, isso vem a reboque da utilização da ponderação (artigo 489, §2.º), que a seu modo tende à discricionariedade.

Para romper com isso é necessário instituir um sistema de decisões que contemple os textos jurídicos, que os respeite, para depois (re)projetá-los tendo como limite os limites de uma tradição jurídica autêntica. O tempo dirá.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso**. Tomo I. México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Tradução para o espanhol de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Comares, 2003.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Historia del derecho romano**. 3. ed. Madrid: Reus, 1974.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis *et al.* A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado democrático de direito. *In: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito, mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Tradução de Álvaro Cabral. Campinas: UNICAMP, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Procedimento Oral**. Tradução de Osvaldo Magon. *In: Processo Oral*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.

_____. **Instituições de direito processual civil**. V. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

D'ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. 2. ed. Pamplona: Universidad de Navarra, 1975.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

GUIMARÃES, Luis Machado. O processo oral e o processo escrito. *In: Processo Oral*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo. Curitiba: Juruá, 2017.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. 7. ed. Tradução para o espanhol de Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: Juspodium, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Thomaz. **Decisão Judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Alvaro de. O Formalismo-Valorativo no confronto com o Formalismo Excessivo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 1, n. 104, p. 121, 2006.

OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. *In: Doxa: cuadernos de Filosofia del Derecho*, n. 14, Alicante, 1993.

_____. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

RODRÍGUEZ, Cezar. **La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa-América Chile 2970, 1954.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

_____. **Ponderação de normas no novo CPC? Presidenta Dilma, por favor veta!** 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2YAyQDq>>.

TOURAINÉ, Alan. **Crítica da Modernidade**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Tradução de Fernando Couto. Porto: Resjuridica, 1991.

