

A LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: Óbices ao comportamento ativo do decisor

THE LEGITIMACY OF THE JUDICIAL DECISION IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW: Obstacles to the active behaviour of the decisor

Igor Alves Noberto Soares*
Udair Jaques Alves Jardim**

Resumo

O presente artigo é fruto de enfrentamento científico sob o marco do processo na construção do Estado Democrático de Direito, do qual se extrai a processualidade democrática. Diante disso, discutiu-se a legitimidade dos pronunciamentos decisórios proferidos pelo Estado-Judiciário, considerando o comportamento dos sujeitos processuais. Assuntos como ativismo judicial e vieses cognitivos assumem o cerne da função judicante, que, mais a demais, somente se legitima se observada a base principiológica prevista na Constituição da República de 1988. Por meio de método hipotético-dedutivo, utilizou-se da análise de casos, revisão de literatura e da jurisprudência para concluir que o exercício da função judicante, pelo magistrado, deve ser apartado de qualquer pressuposto solipsista e justificado na comparticipação das partes.

Palavras-Chave: Estado Democrático de Direito. Decisão Judicial. Legitimidade.

Abstract

This article is the result of scientific confrontation within the framework of the process in the construction of the Democratic State of Law, from which the democratic process is extracted. That said, the legitimacy of the pronouncements made by the Judiciary was discussed, considering the behavior of the procedural subjects. Issues such as judicial activism and cognitive biases are at the heart of the judging function, which, moreover, is only legitimate if the principled basis provided for in the Republic's Constitution of 1988. Using a hypothetical-deductive method, case analysis, literature review and jurisprudence were used to conclude that the

Artigo submetido em 12 de maio de 2020 e aprovado em 13 de setembro de 2020.

* Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas (Bolsista CAPES). Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Bolsista ProUni). Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Doctum de Teófilo Otoni – UniDoctum. Membro das Comissões de Direitos Humanos e de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais, do Instituto de Ciências Penais e da Pastoral Carcerária da Igreja Católica Apostólica Romana. Professor Universitário. Advogado. E-mail: igor.ansoares@yahoo.com

** Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Doctum de Teófilo Otoni – UniDoctum. E-mail: jaquesalves8@outlook.com

exercise of the judiciary function, by the magistrate, should be separated from any solipsist assumption and justified in the participation of the parties.

Keywords: Democratic State of Law. Judicial Decision. Legitimacy.

INTRODUÇÃO

Os pronunciamentos proferidos pelo Estado-Judiciário tornaram-se objeto de enfrentamento científico, sobretudo com o contexto da virada cognitiva, seja para entender a tratativa de temas polêmicos decididos pelos tribunais superiores ou dos limites ao agir decisório a partir dos aspectos da subjetividade do julgador.

A presente produção científica tenta conduzir, então, à compreensão dos institutos que, juntos, formam a decisão judicial, seja no método linguístico empregado ou nos impactos na vida social e jurídica oriundo de possível atitude ativa do Estado-Judiciário. Nesse sentido, indagou-se: considerando o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, do qual se extrai o modelo constitucional de processo, o pronunciamento proferido pelo agente julgador possuiu limite quanto à atividade ativa e criativa de seu prolator?

O que se pretende, nesse sentido, é entender como a decisão judicial sofre influência da pessoa do julgador, seja por meio dos vieses cognitivos ou das propostas argumentativas do sistema jurídico. Por isso, com intensa argumentação teórica, são postos em análise os institutos processuais e o protagonismo do julgador na esteira da processualidade democrática, que não se sustenta em afirmações desconexas, mas com o raciocínio juridicamente desenvolvido.

O presente artigo está organizado em três capítulos. No primeiro capítulo, considera-se a máxima democrática sobre a separação das funções o Estado, que, em si, prescreve atividades e órgãos distintos. No segundo capítulo, foram expostas as conjecturas teóricas sobre o ativismo judicial e a existência dos vieses cognitivos, e, por fim, o terceiro capítulo sustentou-se na processualidade democrática para entender a impossibilidade de comportamento ativo do decisor, na contemporaneidade.

2 A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO A PARTIR DA SEPARAÇÃO DE SUAS FUNÇÕES: SÍNTESE DEMOCRÁTICA

A Teoria do Estado dedicou importante reflexão sobre a separação das funções estatais, que, entre várias conclusões, aportará em uma das garantias mais contundentes da

democracia. Ou seja, em percepção contemporânea, a separação das funções do Estado encontra guarida no óbice à tirania, já que, reunidas nas mãos de único órgão ou esfera de poder, conduziria às ditaduras.

A organização do Estado e sua constante readequação, assentadas no alicerce constitucional, são prévios caminhos para a eficácia do exercício das funções estatais, que, sob premissas democráticas, conduzirão também à definição das competências dos órgãos estatais e da plena tutela dos direitos e garantais fundamentais.

2.1 A teoria da separação das funções do estado

Diante da leitura do art. 2º, *caput*, da Constituição da República de 1988, tem-se que são três os “poderes” da União, harmônicos e independentes entre si, quais sejam, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Tal construção remete à Teoria da Separação das Funções do Estado, amplamente discutida por Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu (2000), ao preceituar a divisão tripartite de funções típicas do Estado Soberano.

Com assento nos contributos próprios de sua época, Montesquieu influenciaria os intentos da própria Revolução Francesa, que, na tentativa de vencer o arbítrio emanado do Antigo Regime Absolutista, carecia de nova teorização para desfazer o poder irrestritamente vinculado ao monarca.

Na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é traduzida a vontade teórica de Montesquieu, mais precisamente no art. 16, ao afirmar que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia de direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição”. Isso significa dizer, mais a demais, que a tradição democrática deveria se sustentar, antes de tudo, pela defesa dos direitos das pessoas, o que se notabiliza somente pela garantia da separação dos poderes.

Nesse ponto, torna-se necessário esclarecer a expressão *separação dos poderes* em duas vertentes. Antes de tudo, a expressão *poder* não encontra guarida na contemporaneidade, pois o poder é de titularidade do povo, consoante art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República de 1988. Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2015), o poder é uno e impassível de divisão, e, portanto, as atividades ou funções é que são distintas, exercidas por meio dos órgãos criados pelo ordenamento jurídico.

Em segundo aspecto, o Estado detém funções distintas entre si, e, consoante o disposto em obra de Simone Goyard-Fabre (1999), isso não significa dizer que Montesquieu afirmou

pela desarmonia entre as funções de criar a lei, executá-las e julgar com fundamento na ordem jurídica. Muito pelo contrário, cada função possui competência funcional distinta, mas, na esteira da lei democrática, é vislumbrado o exercício dessas mesmas atividades em órgãos distintos, o que impede o arbítrio e os governos despóticos.

Não obstante a importância democrática de cada função, os agentes públicos vinculados a cada órgão estatal devem irrestrita obediência às diretrizes constitucionalmente demarcadas. Isso impede a existência de órgãos estatais soberanos, cuja decisão seja impassível de questionamento, e, por outro lado, possibilita o surgimento do sistema de freios e contrapesos, que, nos limites da ordem vigente, justifica o controle das atividades entre as funções estatais.

Tem-se, por exemplo, a previsão da competência do Senado Federal, consoante art. 52, *caput*, da Constituição da República de 1988, para julgar e processar o Presidente da República e o Vice-Presidente, nos crimes de responsabilidade, o que acontece nos procedimentos de *impeachment*. Não estaríamos diante de interferência de uma função (o Estado-Legislativo) sobre a outra (o Estado-Executivo)? Sim, mas tal possibilidade, nos limites da lei democrática e afastada de qualquer juízo político, encontra lugar na harmonia entre as funções estatais e no sistema de freios e contrapesos.

Aqui, a separação de funções, amparada em sistema de freios e contrapesos, ajuda a extrair melhor eficácia da norma jurídica e evita comportamentos arbitrários, pois tal técnica repele a inexistência de “cooperação, harmonia e equilíbrio” entre as funções estatais, “sem nenhuma linha que marque separação absoluta ou intransponível” (BONAVIDES, 2000, p. 187).

2.2 O estado-judiciário

É interessante perceber a origem do Estado-Judiciário, que, encontra guarida na necessidade de resolução dos conflitos socialmente demarcados. A autotutela, forma irracional de solução das contendas por meio da vingança privada, teve como fundamento a própria previsão legal do uso da força (LEAL, 2014).

No decorrer da história, seja no período pré-romano ou das *legis actiones*, a autocomposição, a mediação e a arbitragem seriam constituídas outras formas de solução dos conflitos. A jurisdição, por sua vez, tem gênese na própria arbitragem, e, nas considerações de

Rosemiro Pereira Leal (2014), é inserida no monopólio do Estado e constitui-se como atividade de julgar, a partir da direção dos casos à apreciação dos seus órgãos.

Quando do surgimento da figura do pretor, que julgava conforme o senso de justiça, sabedoria suprema e derrocada arbitrariedade, a jurisdição acentua a sua força enquanto elemento de controle (LEAL, 2014). É somente com a instituição do processo, ajustada à base fundante de sua configuração enquanto garantia de direito e a forma mais evoluída de solução de conflito, é que a jurisdição abandona o pragmatismo do julgador.

A partir do processo enquanto metodologia destinada à construção do Estado Democrático de Direito, há uma abertura linguístico-procedimental tendente ao aperfeiçoamento da cidadania e ao resguardo democrático das liberdades individuais. Nesse aspecto, rompe-se com o argumento de que o processo é subserviente à jurisdição, muito pelo contrário, pois é o processo, enquanto instituição democrática, que se serve da jurisdição para efetivar, junto aos sujeitos processuais, o projeto construtivo de nova realidade.

Essa possibilidade somente se vislumbra a partir da “base principiológica uníssona” (BARROS, 2009, p. 335), de natureza constitucional, que vincula o agente estatal ao exercício dos atos procedimentais construídos pelos sujeitos processuais. É, nesse aspecto, que o devido processo constitucional mostra-se elemento estruturante do próprio procedimento, que trará validade e legitimidade aos procedimentos apresentados diante do Estado-Judiciário.

Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2015), a jurisdição é atividade-dever do Estado, pois constituída como função essencial, e direito fundamental do sujeito em coletividade, mormente a garantia constitucional do acesso à jurisdição e à decisão justa por meio do direito de petição.

Nessa perspectiva, urge a necessidade de uma análise acurada sobre a construção de um pronunciamento jurisdicional, a partir do paradigma da separação das funções estatais e legitimidade democrática. É preciso revisitar a própria Teoria Geral do Processo, relacionando a jurisdição estatal com elementos que obstem o progresso de vertente solipsista da decisão, que afasta o próprio argumento democrático.

3 ATIVISMO JUDICIAL E DECISÃO: OS LIMITES INTERPRETATIVOS DE PRONUNCIAMENTOS DECISÓRIOS

Conforme apresentado anteriormente, a jurisdição está limitada às garantias constitucionais, de natureza processual, insculpidas na norma democrática. Não há, portanto, possibilidade do exercício irrestrito da função judicante, que somente se legitima diante da

observância às garantias da ampla defesa, do contraditório, da isonomia, da fundamentação e publicização das decisões judiciais, da imparcialidade e da participação dos sujeitos processuais na prolação da decisão que lhes afetar.

Há, por isso, uma teoria normativa da participação, que, nas considerações de Dierle Nunes (2012), criará estrutura principiológica tendente a entender o contraditório a partir das garantias de influência e não surpresa. Não por menos, a Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o já não tão novo Código de Processo Civil, mais precisamente em seu art. 489, §1º, inciso IV, expressa pela ausência de fundamentação e consequente nulidade da decisão quando magistrado não enfrentar todos os argumentos deduzidos pelas partes.

Ao aproximar-se do modelo constitucional de processo (NUNES; PEDRON; HORTA, 2017), o Código de Processo Civil tende a romper com a ótica estatista do processo, que entregue à jurisdição, está vinculado à vontade do agente decisor. Há, portanto, um movimento linguístico-normativo de ruptura com a *Escola Instrumentalista do Processo*, que, na Teoria da Relação Jurídica, sustenta a legitimidade decisória a partir do sentimento do julgador.

E, antes de tudo, tal vinculação possui sentido histórico. Segundo Ingeborg Maus (2000), a Revolução Francesa depôs os agentes políticos do Antigo Regime, principalmente vinculados ao Estado-Executivo e ao Estado-Legislativo, o que deixou certo vazio representativo. Nesse sentido, os membros do Estado-Judiciário assumiram o lugar dos antigos déspotas (ainda que não se portassem como tais), e, assim, passaram a ditar os rumos do possível sentimento popular e do controle da atividade política do Estado.

Essa percepção é confirmada por Luís Roberto Barroso (2015, p. 441) ao associar o lugar ativo do magistrado à participação “mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais”. Em consonância ao exposto, tal atividade mostrou-se afeiçoada ao preenchimento de espaços vazios deixados pelos demais agentes políticos, ainda que seja possível pensar na ruptura concorrente das outras funções estatais.

Repisando tal conjectura, o povo passou a creditar, ao Estado-Judiciário, a resolução dos conflitos diários, antes mesmo de discutir a possibilidade de satisfação por vias alternativas. Tal fator também é amalgamado pela insistente ineficiência das diretrizes estatais para efetivar as políticas públicas tendentes à construção da cidadania, o que cria série de pessoas vulneráveis e apegadas à figura da autoridade.

Ou seja, a judicialização da política, da saúde e da vida estão cada vez mais presentes nas democracias em construção, por exemplo, enquanto não assumido um projeto político para a emancipação do sujeito. Se pensada a possibilidade da decisão sobre a vida alheia, os agentes políticos do Estado-Judiciário serão fortalecidos em pressuposta salvaguarda das garantias individuais, o que os coloca em posição de destaque na sociedade.

Lenio Streck (2016, p. 724) sustenta determinada diferença entre a judicialização e o ativismo judicial. Ao passo que a primeira atividade é a busca incessante pelo Estado-Judiciário enquanto guardião da construção de nova realidade cidadã, o ativismo judicial está relacionado “à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização”. Ao denominar o ativismo como um “behaviorismo judicial”, há a denúncia de um tipo de comportamento tendente à substituição do debate político pela exclusiva percepção do julgador.

Em contrapartida, é importante assinalar que o magistrado, enquanto sujeito processual, possui a incumbência de zelar pelo impulso oficial, mas, na democracia, deve se abster de protagonismos. Isso também levará em consideração a abrangência interpretativa do sentido normativo, já que o julgador jamais pode ser percebido como o único intérprete autêntico (DWORKIN, 2014).

A atividade do julgador, nesse sentido, não se resume apenas na aplicação fria e irrestrita da lei, e, tampouco, em função ativista que se assemelha aos movimentos de criação livre dos dispositivos normativos. No Brasil, cuja tradição jurídica é oriunda da *civil law*, a norma jurídica posta é a garantia de segurança jurídica, mas, ao se desvincular da *voluntas legislatoris*, pode ser interpretada quando de sua aplicação ao caso concreto.

A atividade interpretativa é aberta aos sujeitos processuais, que juntos, buscarão o sentido do texto e sua aplicação ao caso concreto. Com isso, afastam-se a possibilidade de inovação ajustada ao sentimento do julgador ao decidir determinada questão levada à apreciação do Estado-Judiciário (OLIVEIRA, 2015).

A margem contributiva dos órgãos judicantes, impreterivelmente, deve estar ajustada ao ordenamento jurídico-constitucional vigente, erigido sob premissas democráticas, que define divisões específicas e movimentações determinadas para efetividade da norma. Ademais, “(...) a disciplina constitucional principiológica deve conformar, repita-se, todos os provimentos estatais de modo a coibir espaços de discricionariedade e criação do direito pelo protagonismo judicial” (PAOLINELLI, 2016, p. 56).

3.1 Solipsismo judicial: implicações na construção da decisão democrática

Em noções preliminares, o solipsismo indica uma filosofia da consciência em que há apego/predominância aos juízos individuais, ainda que de maneira inconsciente (STRECK, 2013). É, portanto, um problema filosófico indicativo do comportamento humano. Quando transposta para a realidade jurisdicional, as convicções se irradiam na tomada de decisão, pois “(...) um fator determinante em nossa concordância com um ou outro princípio normativo esteja em nossa natureza afetiva, em nossos sentimentos, paixões, predisposições da vontade - qualquer que seja o termo adequado” (MACCORMICK, 2006, p. 7).

Tal movimento tenta conferir legitimidade à decisão a partir do sentimento do intérprete, que, nas teorias processuais não democráticas, pertence ao próprio julgador. Acentua-se que os riscos da ilegitimidade, calcada em atitude inteiramente solipsista ou parcial, não coaduna com uma decisão democrática. O pronunciamento jurisdicional, contudo, está atrelado aos vieses de cognição, que podem provocar a neutralização do elemento participativo no transcorrer processual.

Segundo Dierle Nunes, Flávio Pedron e Natanael Silva (2018), os vieses de cognição constituem elementos da irracionalidade humana, que, no cotidiano, permitem a adoção de decisões a partir das propensões cognitivas trazidas na experiência. Dentre a multiplicidade dos tipos de vieses de cognição estudados pela literatura, os vieses de confirmação induzem a possibilidade de decidir segundo elementos da convicção pessoal na validação do sentimento sobre aquilo que se analisa, o que pode desprezar a participação.

É reconhecida a condição do julgador enquanto ser desprovido de neutralidade, o que é projetado a qualquer ser humano, mas a observância de um modelo constitucional de processo é óbice aos vieses de cognição apartados da influência participada no ato de julgar. Ao buscar a coerência e integridade do ordenamento (DWORKIN, 2014), sob influência da segurança jurídica, a decisão deve levar em consideração a própria “história institucional do Direito” (NUNES; PEDRON; HORTA, 2017, p. 16)

De nada valeria o esforço constitucional para escudar uma metodologia democrática, a partir da estrutura principiológica e dos seus corolários, se permitida a atuação ativa do julgador exclusivamente com base em seus argumentos pessoais (STRECK, 2013). Por conseguinte, pela integridade do Direito, os tribunais devem decidir observando sua caminhada histórica participação, que servirá para tutelar os fatos jurídicos levados à apreciação dos órgãos judicantes.

Por essa razão, segundo Igor Alves Noberto Soares (2016), não é válida qualquer decisão assentada na reservada vontade do julgador. A participação, que afasta tal solipsismo, é notada como um dos elementos fundantes do modelo constitucional de processo, seja a partir de uma metodologia dedicada à proteção dos direitos fundamentais pela ação de todos os interessados à decisão que lhes afetará ou à expansão da construção da democracia participativa.

3.2 A fundamentação compartilhada como fonte de validade de Pronunciamentos decisórios

Nos temas tratados anteriormente, viu-se que a ordem constitucional exige a necessidade de exposição dos motivos pelos quais o agente julgador proferiu determinada decisão, nos limites do procedimento. Há, decerto, a proteção do jurisdicionado em relação ao agir solipsista ou com base na discricionariedade do julgador, que, no caso concreto, pode ser entendida como a vontade condutora do sentimento decisório e da própria verdade quanto ao objeto da decisão.

Não por menos, “a argumentação, a demonstração racional do itinerário lógico percorrido, o esforço de convencimento do auditório passam a ser fonte de legitimação e controlabilidade da decisão” (BARROSO, 2015, p. 380). Contudo, é necessário ir além da fundamentação como mera percepção do motivo, pois não basta a sustentação do ensejo decisório senão assentado na garantia de participação.

Nesse sentido, é preciso abrir divergência com o argumento de que a decisão judicial (sentença) é ato de vontade do julgador, ou, ainda, um “ato criativo”, já que o juiz “exerce uma atividade criadora, que é complemento necessário à atividade legislativa ordinária” (ZANETI JÚNIOR, 2014, p. 176). Tal afirmação remonta à etimologia da palavra *sentença*, que, do latim, significa *sentire*, ou seja, o sentimento daquele que prolata a decisão, o que não coaduna com a própria noção de Estado Democrático de Direito, já que o ato decisório não é sentimento, mas expressão técnica de uma decisão compartilhada.

Ora, a separação das funções estatais não comporta a confusão sobre as atividades erigidas no texto constitucional, que, em sua identidade, são distintas justamente para impedir a tirania. Ou seja, temas como o instituto da prova e a valoração do resultado probatório deixam de ser elementos destinados exclusivamente ao julgador, algo típico do processo em perspectiva estatalista, e passam a ser um exercício democrático daqueles que participam do procedimento (policentrismo).

4 PARA ROMPER COM O ATIVISMO JUDICIAL

Como percebido, o ativismo judicial sustenta práticas descompassadas, que não encontram correspondência com o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito. Por isso, é necessário romper, a partir de um modelo constitucional de processo, com a própria matriz autoritária do processo.

4.1 A estrutura processual adequada

As conjecturas aqui apresentadas não desejam apontar caminhos fechados ou teoricamente irrefutáveis, mas sustentar a ruptura com decisões descompassadas da democracia e da participação. Ainda há resistência em entender que o modelo constitucional de processo, com indubitável construção a partir da base principiológica expressa na Constituição da República de 1988, é aplicável independentemente da vontade do agente julgador.

Nesse ponto, é necessário repensar a educação jurídica e o processo ensino-aprendizagem sustentado nos projetos pedagógicos do Curso de Direito. A grande parte dos profissionais das carreiras jurídicas recebeu formação acadêmica antes da vigência do atual Código de Processo Civil e até mesmo em momento anterior à promulgação da Constituição da República de 1988. Tal fato exige a reconstrução do discurso pragmático para atingir a democracia como elemento fundante da atividade profissional, qualquer seja ela.

As propostas abolicionistas da participação expressam justamente a reprodução de jurisprudência vinculada aos ditames do Código de Processo Civil de 1973, que, fechado ao policentrismo, não é fruto de uma preocupação democrática. Com a existência dos próprios vieses de confirmação, que sustentam as escolhas a partir das pré-compreensões humanas, qualquer decisão não compartilhada com os demais sujeitos processuais simplesmente sustenta percepções do próprio sistema.

Para Dierle Nunes, Flávio Pedron e Natanael Silva (2018), as propensões cognitivas podem ser tolhidas a partir de uma técnica de desenviesamento (*debiasing*), que tem como elemento fundante o contraditório, pois é aporte para extirpar quaisquer comportamentos arbitrários do órgão julgador pelo modelo participativo dos sujeitos processuais, de maneira formal e substancial.

Se pensados os procedimentos típicos da persecução penal, limitados pela regra da

presunção de inocência, as propensões cognitivas retiram por completo a legitimidade dos pronunciamentos decisórios, sobretudo com a imensa interferência dos apelos midiáticos e extraprocessuais para a aplicação da vingança.

Ainda que diante de julgamento populares, na máxima efetivação da democracia participativa também em matéria jurisdicional, como no Tribunal do Júri, por exemplo, há riscos extremamente sensíveis para a legitimidade da decisão a partir do desprezo das garantias integrantes do modelo constitucional de processo.

O jurado, pessoa leiga convocada para a apreciação das questões fáticas inerentes aos crimes dolosos contra a vida, também possui seus vieses de cognição, frutos de ideologia e da própria situação social (SOARES, 2016). Pelo exame dos fatos, e, ainda que diante de um sistema nomeado acusatório (como trazido pela Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019), não é possível pensar na pressuposta busca por uma *verdade real*, o que legitimaria o agir do julgador para além da participação.

Por conseguinte, não se pretende aqui dizer que é defeso a participação popular nos julgamentos típicos do Tribunal do Júri, mas, é preciso intensificar a valorização do contraditório em todas as estruturas procedimentais, de forma a permitir chances reais de um julgamento inteiramente democrático e fruto da máxima participação das partes.

Outra questão urgente trata da retirada de limites ao exercício da ampla defesa, cuja extensão é tolhida pelo uso de teses descompassadas com a força principiológica oriunda da Constituição da República de 1988. Da ampla defesa, originam a autodefesa e a defesa técnica, sustentada por Defensor, cuja extensão argumentativa não se resume à mera formalidade, mas ao agir a partir de todos os meios legalmente admitidos para sustentar as teses de cada sujeito processual.

É necessário, inclusive, revisitar a jurisprudência brasileira a partir de sistemática de precedentes democraticamente sustentados. Enquanto o julgador for considerado o destinatário da prova, a atividade argumentativa dos demais sujeitos processuais perde força, o que não se sustenta nos procedimentos balizados pela processualidade democrática.

A jurisprudência brasileira, ao admitir a relação entre a produção da prova e o livre convencimento motivado, insiste em perpetuar sistemática que sustenta o indeferimento da produção probatória a partir da decisão do julgador, o que se justifica, ainda nesse espeque, a partir da busca pela simbólica (e inatingível verdade real).

Nesse sentido, reiterando a jurisprudência brasileira, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

é sabido que, em regra, o juiz, como destinatário final das provas, tem, em seu livre convencimento motivado, o poder de optar pela produção de provas úteis, deferindo as meramente protelatórias. Contudo, par desprezar a produção de outros meios instrutórios, é preciso certeza da suficiência do acervo já existente, no afã de alcançar a verdade real (Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1816626/SP, sob relatoria do Ministro Herman Benjamin, da 2ª Turma, julgado em 5 de março de 2020 e publicado em 25 de março de 2020).

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, a produção da prova e a relação de sua valoração-valorização se aproximam da persuasão racional, que, compartilhada, desvela a máxima efetivação da ampla defesa e do contraditório. Ora, a prova não se destina ao julgador, mas ao procedimento, que será devidamente valorada por todos os sujeitos processuais de forma técnica e devidamente sustentada em relação fático-argumentativa.

Portanto, a partir do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, inexistente a possibilidade de um julgador ativo, cuja atividade está resguardada aos limites do impulso oficial e à persuasão racional amparada na argumentação dos demais sujeitos processuais (GONÇALVES, 2015). O óbice ao comportamento ativo do decisor está alicerçado na própria base uníssona prevista na Constituição da República de 1988, de modo a aproximar a decisão de uma teoria da participação que limite o vínculo da decisão à exclusiva vontade do julgador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do projeto político do Estado Democrático de Direito, do qual se extrai o modelo constitucional de processo, há incessante busca pela legitimidade decisória. Ou seja, há uma discussão aprofundada quanto ao elemento fundante da decisão, se exclusivamente vinculada à vontade do agente julgador ou submetida às técnicas de participação dos sujeitos processuais na construção da decisão que lhes afetar.

Em primeira análise, é possível concluir que as teorias sobre a separação das funções do Estado buscam refundar a democracia a partir da distribuição, entre os órgãos estatais, de suas atividades essenciais. Dessa maneira, não é possível admitir a concentração das funções de criar a lei, executá-la e de julgar nas mãos de único órgão, sob pena de retorno ao arripio das ditaduras.

Por conseguinte, sustenta-se que a jurisdição, exercida por meio dos órgãos do Estado-Judiciário, é atividade-dever e direito fundamental do povo. Tal natureza afasta o derrocado

entendimento de que o processo é instrumento da jurisdição, muito pelo contrário, já que a jurisdição estatal está limitada pela metodologia criada pelo modelo constitucional de processo.

Ao perquirir sobre a legitimidade da decisão no Estado Democrático de Direito, é possível concluir que inexistente legitimidade em decisão solipsista, seja ela vinculada exclusivamente às propensões cognitivas do julgador ou apartada da garantia de formação da decisão por técnica de comparticipação.

Por tudo isso, conclui-se que a decisão judicial é legítima quando prolatada em observância à base principiológica uníssona, extraída da Constituição da República de 1988, da qual estão a ampla defesa, o contraditório, a isonomia, a fundamentação e publicização das decisões judiciais, a imparcialidade e a comparticipação dos sujeitos processuais na prolação da decisão que lhes afetarão.

Ainda que inexistente a possibilidade de sujeito neutro, desviado de sua construção histórica, a democracia afasta a tendência solipsista da decisão judicial. É pela garantia da ampla defesa e do contraditório que o desviesamento é permitido, afastando juízos discricionários e assentados na vontade do julgador, o que traz a legitimidade decisória com vistas à comparticipação dos sujeitos processuais.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane Magalhães. Modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 331-345.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. *In*: *Vade Mecum Penal*. 2ª ed. São Paulo: Ridel, 2019.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

Publicado no DOU de 24.12.2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 26 mar. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1816626, sob relatoria do Ministro Herman Benjamin, da 2ª Turma. **Dário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 25 de mar. 2020.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3ª edição. Editora: Del Rey. 2015.

DUARTE, Luiz Henrique Urquhart Cademartori Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GONÇALVES, Jordânia Cláudia de Oliveira. **O instituto da prova na processualidade democrática como controle da legitimidade decisória**. 2015. 81f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_GoncalvesJCO_1.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". In: **Novos Estudos CEBRAP**, n.º 58, novembro 2000, p.183-202

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 263, p. 343, janeiro de 2017.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. **Ativismo Judicial e Controle de Constitucionalidade: Impactos e Efeitos na Evolução da Democracia**. Editora: JURUÁ. 2015.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. O que é Processo Constitucional? In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, n.º 13, Jan./Jul., 2016, p. 32-62.

SILVA, Natanael Lud; NUNES, Dierle José Coelho; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing**. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

SOARES, Igor Alves Noberto. **O Tribunal do Júri em sua compreensão processualmente democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. In: **Joaçaba**, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez., 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre Processo e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2014.