

PARADIGMAS IDEOLÓGICOS PARA A DECISÃO JUDICIAL

Armando Takeo Ishibashi Junior¹

6

RESUMO: A razão da existência do direito é a de resolver conflitos reais e não simplesmente hipotéticos. A partir desta ideia é que se modifica a teoria do direito, antes aprisionada na simples análise da estrutura lógico-formal, para a abordagem da teoria da decisão judicial. Nessa quadra, buscaremos abordar a partir da contribuição da obra de Ricardo Luis Lorenzetti, os paradigmas ideológicos que devem nortear as decisões judiciais, de modo a limitar a discricionariedade do julgador.

Palavras-Chave Paradigmas; Ideológicos; Decisão; Judicial.

ABSTRACT: The reason for the existence of the right is to solve real conflicts and not simply hypothetical. From this idea is that the theory of law, previously imprisoned in the simple analysis of the formal-logical structure, is modified to approach the theory of judicial decision. In this section, we will try to approach from the contribution of the work of Ricardo Luis Lorenzetti, the ideological paradigms that should guide the judicial decisions, in order to limit the discretion of the judge

Palavras Chave: Paradigms; Ideological; Decision; Judicial.

Introdução

A finalidade do direito é a de manter a comunhão social por intermédio da resolução dos conflitos existentes em uma determinada sociedade. Desta forma, mais do que o simples estudo da norma jurídica em seu plano abstrato, faz-se necessário verificar a chamada adequação da decisão judicial.

Desse modo, a aplicação da norma jurídica no caso concreto consiste em um importante momento do direito, uma vez que desde Kelsen (2000) advoga-se a ideia de que a aplicação da norma implica um ato de vontade do julgador que, diante da possível indeterminação do texto normativo, deverá encontrar uma solução adequada dentro das inúmeras possibilidades existentes na chamada moldura normativa .

¹ Mestrando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, Especialista em Direito Processual Civil (2010) e Direito Empresarial (2013) pela Escola Paulista da Magistratura, Graduado em Direito pela Universidade Paulista – UNIP (2003). Professor de Direito do Centro Universitário Santa Rita de Cássia (UNISANTARITA).

É certo também que diante da impossibilidade de previsão dos mais variados conflitos, ou mesmo em razão da confusão linguística decorrente da incompreensão do texto normativo na base da linguagem natural, poderão existir as chamadas zonas de penumbra, nas quais o julgador acabaria por exercer o poder discricionário para solucionar o caso concreto. (HART, 2001).

Referidas posições implicam uma verdadeira mudança de reflexão a respeito da decisão judicial, haja vista a relevância atribuída ao julgador na solução do caso concreto. Desta maneira, questões atinentes ao perfil ideológico do julgador ganham destaque no atual estágio da teoria do direito, haja vista a necessidade de limitação da margem de discricionariedade na busca pela decisão correta, considerada a linha das pesquisas que foram desenvolvidas por Dworkin (2001).

Nesse cenário é que surge a inovadora proposta de Lorenzetti (2009), que preocupado com a qualidade da decisão judicial, apresenta em sua obra, intitulada Teoria da Decisão Judicial, paradigmas ideológicos que auxiliam o julgador a melhor decidir as questões que lhe são submetidas, os quais serão objeto de análise no presente trabalho científico.

Discorreremos, no primeiro tópico, ainda que em linhas gerais, sobre as correntes descritivas e avaliativas do direito, centradas principalmente na teoria da decisão judicial. Em seguida apontaremos os mecanismos que permitem a verificação da decisão judicial, sobretudo sobre os critérios de sua adequação ao caso concreto.

No tópico posterior a pesquisa voltará suas atenções para o perfil ideológico do julgador e a influência dos principais modelos de ideologia jurídica na formulação da decisão judicial.

Por fim, apresentaremos os paradigmas ideológicos elaborados por Lorenzetti, além das eventuais críticas por ele indicadas na utilização de certos modelos decisórios, para ao final apontar nossas conclusões.

I. TEORIA DO DIREITO E DECISÃO JUDICIAL

O direito, inicialmente compreendido como simples instrumento regulador dos mais variados comportamentos sociais, amplia seu método de estudo a partir do momento em que a ciência jurídica passa a devotar suas atenções às inúmeras maneiras de resolução concreta de conflitos.

Assim, modifica-se o paradigma do estudo da teoria do direito, tradicionalmente influenciada pela filosofia analítica, sobretudo pelas teorias desenvolvidas por John Austin², no direito anglo-saxão, e posteriormente por Hans Kelsen³, na Europa continental, para uma abordagem avaliativa, não apenas da estrutura normativa, mas principalmente da própria decisão judicial, que deixa de ser um simples resultado decorrente de uma operação lógico-dedutiva para se constituir em verdadeiro objeto de reflexão a respeito da sua adequação e respeito aos valores morais que permeiam o texto jurídico.

A propósito disso Bobbio (1999) assim discorre:

Pois bem, o positivista jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser. O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como *fato*, não como *valor*: na definição do direito deve ser excluída toda a qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito *real* (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal; o romanista, por exemplo, considerará direito romano tudo o que a sociedade romana considerava como tal, sem fazer intervir um juízo de valor que distinga entre direito “justo” ou “verdadeiro” e direito “injusto” ou “aparente”. Assim a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa. Essa atitude contrapõe o positivismo jurídico ao jusnaturalismo, que sustenta que deve fazer parte do estudo do direito real também a sua valoração com base no direito ideal, pelo que na definição do direito se deve introduzir uma qualificação, que discrimine o direito tal qual é segundo um critério estabelecido do ponto de vista do direito tal qual deve ser. (Pág. 136).

² As preocupações de Austin, em sua principal obra, publicada em 1832, *The Province of Jurisprudence Determined*, consistiram na abordagem analítica e sistemática da teoria do direito, de modo a separar o direito das demais ciências sociais. Para o jurista inglês o direito decorre da força do detentor do poder, e não simplesmente de uma natureza divina. Desta maneira, manifesta-se a principal característica de seu pensamento: a de apresentar uma teoria positivista do direito, à medida que contraposta ao direito natural. Tratou-se, portanto, da primeira tentativa de separação entre direito e moral (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, pág. 87-89).

³ A contribuição de Hans Kelsen para a Ciência do Direito é extraordinária, principalmente por conta da sua consagrada Teoria Pura do Direito, conforme publicada pela primeira vez em 1934. Considerado por Miguel Reale como o maior jurista do Século XX, Kelsen era dotado de um incomparável senso de interdisciplinaridade, tanto é verdade que publicou textos nas áreas de Política do Direito, Teoria do Estado, Direito Internacional, Filosofia do Direito, entre tantas outras. Todavia, Reale (1985) advertiu, em conferência realizada em janeiro de 1984, na Cidade de Maringá, Paraná, em homenagem ao Centenário de Hans Kelsen, que: “O fato, porém, do jurista ter olhos abertos para a experiência, não o reduz, porém, a um estudioso da realidade econômica, demográfica, etc.: o seu domínio próprio é o da norma, da forma do social. Onde poder ele se orgulhar de ter feito uma Teoria Pura do Direito. E aqui vai a primeira observação, a primeira advertência, digamos assim, a que tem direito um velho professor: Kelsen é um mestre da Teoria Pura do Direito, mas não é um mestre do direito puro! Kelsen reagia violentamente quando se dizia que ele era um mestre do direito puro. Não existe direito puro na doutrina de Kelsen. O que existe é a procura, é a pesquisa de uma pureza metodológica capaz de isolar o estudo do direito do estudo das outras ciências sociais, como a História, a Economia, a Psicologia e assim por diante.” (Pág. 19-20).

Não podemos esquecer que Hart (2001) também despontou como grande nome da teoria do direito descritiva⁴, e que além da contribuição da criação da chamada *regra secundária de reconhecimento*, pelo qual se identifica em um sistema jurídico o fundamento último de validade, ou seja, de maneira muito próxima da *norma hipotética fundamental* de Kelsen, também apresentou a possibilidade da existência de casos de fácil solução (*easy cases*), pelo qual se daria a resolução do conflito pela simples silogismo, e casos de difícil solução (*hard cases*), nestes últimos, por inexistirem critérios jurídicos adequados, poderia o julgador agir de maneira discricionária (ABBOUD, 2018, pág. 90).

Nesse sentido é que se apresenta a proposta inovadora da teoria do direito de Dworkin (2017), que ao avaliar o direito pelo enfoque da decisão judicial, objetivou apresentar paradigmas hermenêuticos para eliminar a margem de discricionariedade do julgador diante da chamada *zona de penumbra hartiana*, pretendendo, destarte, que os direitos fossem efetivamente levados a sério, ou seja, que a aplicação da norma jurídica pelo Poder Judiciário fosse coerente com a proteção de direitos morais relativos aos valores da democracia liberal, notadamente daquela formadora do *common ground* estadunidense⁵, distanciando-se, assim, das propostas generalizantes de Herbert Hart⁶. Nas palavras do próprio Dworkin (2017):

⁴ A propósito esclarece Herbert L. A. Hart (2001), em seu famoso pós-escrito ao *O Conceito de Direito*, no qual buscou responder às inúmeras e duras críticas apresentadas por Ronald Dworkin a sua teoria do direito que: “O meu objetivo neste livro foi o de fornecer uma teoria sobre o que é direito, que seja, ao mesmo tempo, geral e descritiva. Geral, no sentido de que não está ligada a nenhum sistema ou cultura jurídicos concretos, mas procura dar um relato explicativo e clarificador do direito como instituição social e política complexa, com uma vertente regida por regras (e, nesse sentido, normativa). Esta instituição, a despeito de muitas variações em diferentes culturas e em diferentes tempos, tomou a mesma forma e estrutura gerais, embora se tenham acumulado à volta dela numerosos mal-entendidos e mitos obscurecedores que apelam à clarificação. [...] O meu relato é descritivo, na medida em que é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação; não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito, embora uma compreensão clara destas constitua, penso eu, um ponto preliminar importante, relativamente a qualquer crítica moral do direito que seja útil.” (págs. 300-301).

⁵ Interessante observar que a teoria dworkiana da decisão judicial não tem a proposta de ser geral e universalizante, ou seja, no sentido de se apresentar como sendo uma teoria capaz de ser aplicada a qualquer ordenamento jurídico. Aliás, a preocupação do professor estadunidense em propor uma teoria do direito comprometida com os valores da democracia liberal americana é afirmada no segundo parágrafo da introdução à obra “*Levando os direitos a sério*”. É bem por isso que é necessário promover uma prévia tropicalização das ideias de Dworkin, para que ocorra a adequada aplicação da sua teoria ao direito brasileiro.

⁶ Para uma análise profunda sobre o debate entre Hart e Dworkin conferir o capítulo 2 da obra de Francisco José Borges Motta, *Ronald Dworkin e a Decisão Judicial*. Salvador, Bahia: Editora Juspodivm, 2018. Todavia, na nossa visão, o clássico debate entre os juristas em questão se mostra inútil à medida que partem de pontos de vista diferentes a respeito da teoria do direito. No famoso pós-escrito ao seu *O Conceito de Direito*, conforme já observamos na nota de rodapé anterior, Hart adverte que pretendeu apresentar uma teoria jurídica descritiva e geral, ou seja, que pudesse ser aplicada a todo e qualquer ordenamento jurídico. Por outro lado, Dworkin inaugura sua obra *Levando os Direitos a Sério* apontando para a necessidade de uma teoria do direito que leve em conta a decisão judicial, de modo a avaliar a correção das decisões, principalmente a partir da plena observância dos valores da democracia liberal estadunidense. Desta forma, é natural que ocorram divergências a respeito dos

Sem dúvida, é inevitável que alguma instância do governo tenha a última palavra sobre que leis serão efetivamente implementadas. Quando os homens discordam sobre os direitos morais, nenhuma das partes tem como provar seu ponto de vista e alguma decisão deve prevalecer, se não quisermos que a anarquia se instale. Mas esse exemplo de sabedoria ortodoxa deve ser o início, e não o fim, de uma filosofia da legislação e da aplicação das leis. se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que o tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções. (Pág. 286).

Assim, busca-se a avaliação da decisão judicial pela perspectiva de sua correção ou incorreção, ou seja, pelo juízo posterior qualitativo. Adequada é a decisão que se mostra em consonância com o Estado Democrático de Direito, sendo inadequada aquela que desprezar o legado de conquista histórica dos direitos fundamentais.

Atento a essa realidade Streck (2014) é contundente ao defender a efetiva possibilidade de realização de juízos de verificação de adequação da decisão judicial:

Há condições de fazer afirmações corretas, mormente se considerarmos o antirrelativismo e o anticeticismo da hermenêutica filosófica. Da mesma maneira, há condutas corretas e outras incorretas; mais do que isso, diante da especificidade do direito, em que cada texto jurídico deve estar conformado a um outro que lhe é superior (a Constituição), uma interpretação será constitucional (portanto, correta) e outra, inconstitucional (portanto, incorreta).

É evidente, nesse sentido, que 'Constituição' deve ser entendida nos moldes do Estado Democrático de Direito e de tudo o que a tradição a partir do segundo pós-guerra vem nos legando. Isso aplica afirmar sempre o conteúdo ético assumido pelo texto constitucional no plano desse paradigma. Por isso, o Estado Democrático de Direito é um *plus* normativo e qualitativo, sustentado em dois pilares: a democracia e o resgate das promessas incumpridas da modernidade (concretização dos direitos fundamentais sociais). Portanto, a 'resposta' aqui trabalhada tem um caráter corretivo a partir desse tipo de constituição jurídica, perdendo totalmente relevância em Estados autoritários (nas suas mais variadas espécies). (Pág. 357).

Portanto, mais do que o simples estudo da estrutura analítica dos componentes que dão suporte à decisão judicial, o direito deve também se preocupar com o conteúdo jurídico que justificou determinada tomada de decisão.

Assim, o controle da decisão passa a operar em um momento posterior, não somente para que a comunidade jurídica possa aferir a plena observância dos elementos jurídicos formais necessários à sua validação, mas principalmente dos pressupostos materiais que, nas

critérios de análise do direito, dada a diversidade, tanto dos objetos de estudo, quanto dos objetivos pretendidos pelos referidos autores.

chamadas constituições rígidas do segundo pós-guerra, são também representados pelos princípios que espelham os valores morais relativos aos direitos humanos, ainda que não positivados expressamente.

2 O PERFIL IDEOLÓGICO DO JULGADOR

Diante do panorama do atual estágio da teoria do direito, notadamente a partir da perspectiva do estudo da decisão judicial, apura-se que a participação do julgador na tomada de decisão também ganha destaque, uma vez que os fatores que influenciam sua formação intelectual e jurídica, não raras vezes, correspondem a uma determinada visão de mundo que direciona as decisões.

No direito de tradição do *common law*, Kennedy (2010) analisou a influência que a ideologia exerce sobre o julgador. Para o professor da prestigiada Universidade de Harvard, a disputa entre a ideologia liberal e conservadora pode influenciar na formação de três tipos de juízes: o ativista, o juiz mediador e o bipolar.

Procurando definir o perfil do *juiz ativista*, Kennedy (2010) assim esclarece:

Chamo de ativista este juiz porque tem uma motivação “extra jurídica”, a saber, a obtenção de uma sentença justa, para proferir um resultado a outro numa grande variedade de casos, e trabalha para que esses resultados sejam corretos. Note-se que esta forma de ativismo é orientada por normas legais. O juiz tem preferência por uma regra diferente daquela que ele acha que talvez deva aplicar, e não por uma das partes litigantes. (KENNEDY, 2010, pág. 39, tradução própria)⁷.

Portanto, o *juiz ativista* conta com uma motivação extrajurídica, ou seja, com a própria ideia de justiça que é extraída da norma jurídica. Logo, para resolver o conflito, escolherá uma norma jurídica que atenda a sua preferência, ou seja, aquela que entende ser preponderante para o caso concreto, e que, na sua visão, melhor espelha o ideal de justiça e, conseqüentemente, sua própria ideologia.

Com relação às características que correspondem ao *juiz mediador*, assim se expressa Kennedy (2010):

⁷ “Llamo activista a esta jueza porque tiene una motivación ‘extrajurídica’, a saber, el logro de una sentencia justa, para preferir un resultado em vez de outro a lo largo de una amplia variedad de casos, y trabaja para hacer que esos resultados sean derecho. Nóte-se que esta forma de activismo está orientada a las normas jurídicas. La jueza tiene una preferencia por una norma distinta de la que piensa que tal vez debería aplicar, no una preferencia por una de las partes de litigio.” (KENNEDY, 2010, pág. 39).

A posição do juiz mediador é, do ponto de vista do observador externo, mais passiva do que a do ativista restrito. Ele desenvolveu uma ideia de como os grupos de interesse perseguem o conflito ideológico através de decisões judiciais. Está orientado para este aspecto da decisão judicial exatamente da mesma forma que os outros participantes. Mas ele usa esse entendimento para descobrir o que os 'ideólogos', seus colegas ativistas restritos, consideraram como ótimas interpretações liberais e conservadoras das normas, e então escolhe uma interpretação que fica no meio. (Ob.cit. pág. 40, tradução própria)⁸.

Desse modo, o *juiz mediador* buscará conciliar os conflitos ideológicos existentes entre os grupos liberais e conservadores, apresentando uma solução moderada do ponto de vista ideológico, evitando, com isto, assumir uma posição a favor de qualquer das partes.

Por fim, entende Kennedy (2010) que a combinação entre os dois perfis anteriores leva à caracterização do chamado *juiz bipolar*, assim esclarecendo:

O juiz bipolar combina recursos dos outros dois tipos. Às vezes ele trabalha duro para desenvolver uma posição liberal forte sobre uma questão, e parece ser um ativista restrito. Mas no caso seguinte, ele favorece com igual força uma posição conservadora, também na forma de um ativista restrito, mas com o compromisso oposto. O observador externo considera que este juiz tem o projeto de construir uma carreira judicial mediadora, mais do que uma sentença mediadora para um caso particular (Ob. cit., págs.42-43, tradução própria)⁹.

Dessa forma, a depender do conflito em litígio, bem como do momento político, poderá o juiz bipolar oscilar entre um perfil ativista ou conciliador. Contudo, a escolha por uma posição ou outra não deixa de representar uma postura ideológica, como bem destaca Bobbio (2016):

Dado que a escolha de uma posição ou de outra pode influenciar o mérito da decisão, é provável que a própria escolha do método seja condicionada pela apreciação favorável ou desfavorável das consequências da decisão. O juiz adotará este ou aquele método conforme queira obter este ou aquele

⁸ “La postura del juez mediador es, desde el punto de vista del observador externo, más pasiva que la del activista restringido. Él ha desarrollado una idea sobre la manera en que los grupos de interés persiguen el conflicto ideológico a través de las decisiones judiciales. Está orientado hacia este aspecto de la decisión judicial exactamente de la misma manera que los otros participantes. Pero utiliza este entendimiento para figurarse lo que los 'ideólogos', sus colegas activistas restringidos, considerarían interpretaciones liberales y conservadoras óptimas de las normas, y luego elige una interpretación que se ubica en el medio. Esto es posible porque la estructura ideológica de los materiales es un continuum. La norma liberal y la norma conservadora son los polos, entre los cuales hay una serie de posiciones 'moderadas.’” (KENNEDY, 2010, pág.42).

⁹ “El juez bipolar combina rasgos de los otros dos tipos. A veces trabaja duro para desarrollar una posición liberal fuerte respecto de un tema, y parece un activista restringido. Pero en el siguiente caso, favorece con igual fuerza una posición conservadora, también a la manera de un activista restringido, pero con el compromiso opuesto. El observador externo considera que este juez tiene el proyecto de construir una carrera judicial mediadora, más que una sentencia mediadora para un caso particular.” (Ob. cit., pág. 42/43).

resultado, o que faz que frequentemente se diga aos juizes que a decisao vem, de fato, antes dos argumentos que a justificam. (Pág. 119).

É bem por isso que, a depender do perfil ideológico do julgador pautado nos principais modelos de ideologia jurídica¹⁰, poderá ocorrer a indesejada situação da existência de decisões diversas relativas a uma mesma controvérsia.

Para melhor esclarecimento desta questão Lorenzetti (2009) apresenta uma situação que bem exemplifica a possibilidade de existirem decisões conflitantes, ou que adotem fundamentos diversos para uma mesma demanda, tudo a depender da ideologia do juiz¹¹, ou seja, a partir da noção de como funcionam as regras jurídicas, e de como devem ser interpretadas. Para o referido professor argentino, que também é Ministro da Corte Suprema de Justiça da Nação da República Argentina, é possível que um tribunal integrado por três juizes decida uma controvérsia relativa ao direito de o credor buscar a recuperação de certa quantia em dinheiro confiada ao devedor de maneiras totalmente diversas.

Para um juiz com perfil *formalista*, o contrato deve ser cumprido, sem maiores questionamentos, por força do princípio dogmático pelo qual se atribui força obrigatória aos contratos. Esta decisão é amparada pela simples e irrestrita aplicação de uma regra jurídica. O segundo juiz, tido como *piedoso*, buscará a moderação da regra, e certamente tenderá a levar em conta na formação de seu convencimento aspectos relacionados com a realidade econômico-social, de modo a permitir que o devedor consiga adimplir a quantia que é exigida pelo credor. Por fim, o terceiro julgador, atento às consequências da decisão judicial, como por exemplo a circunstância de que poderá ocorrer o desestímulo à concessão de crédito, caso o credor não tenha assegurado o direito à recuperação do capital, poderá aplicar a regra jurídica, controlando os efeitos da sentença, pela análise das consequências; daí o porquê de ser considerado como *juiz consequencialista*¹².

¹⁰ Os principais modelos de ideologia jurídica existentes, sem dúvida alguma, são o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. O jusnaturalismo diz respeito à ideologia do direito natural, pela qual o direito corresponde a uma ordem jurídica justa. Por outro lado, o positivismo jurídico vincula-se a ideologia do legalismo, sendo que para os seus defensores o direito é a ordem estabelecida. (FILHO, 2012).

¹¹ A respeito da ideologia afirma Luiz Sergio Fernandes de Souza que: “Quando examinamos, na primeira parte de nosso trabalho, a vinculação entre o conhecimento científico e a ideologia, surgiram duas notas, na definição do último termo, que parecem, por assim dizer, tradicionais: visão do mundo e falsa consciência. ocupemo-nos, inicialmente, da primeira. A ideologia sob o primeiro aspecto, contém dois elementos. Um deles diz respeito à noção de como é feito o mundo. A segunda faz referência à atitude em torno desta noção. A ideologia, neste aspecto, é um conjunto de noções e de atitudes de um determinado sujeito, uma resposta no confronto com o ambiente.” (2005, pág. 148).

¹² Ob. cit. pág. 30.

Outro fator ideológico presente no exercício da jurisdição diz respeito ao chamado ativismo judicial¹³, comportamento este que na visão da processualística moderna impõe ao julgador um compromisso com a ordem constitucional vigente, bem como com a repercussão social e política da decisão judicial¹⁴.

Interessante, sob este aspecto, a posição de Paulo Issamu Nagao (2016):

Portanto, é inevitável a constatação de que a conduta do juiz na ordem atual vem acompanhada de forte incremento de seu poder a partir do microcosmo do processo, como reflexo da realidade social de seu tempo, exigindo-se-lhe uma postura ativa, o que não significa arbitrariedade. É certamente indesejável a concepção de seu papel meramente neutro, desprovido de significado social ou político, como se imaginou ser possível, por exemplo, pela escola positivista de direito, ao lhe conferir somente o mister de aplicar formalmente a lei, quase como um autômato, alheio a qualquer apreciação de ordem avaliativa. (Pág. 84).

¹³ Como exemplo do compromisso do julgador com a ordem constitucional, notadamente com relação à garantia do devido processo legal, conforme prevista pelo artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, podemos mencionar a posição defendida por Bedaque (2011), no sentido de reconhecer a possibilidade de o juiz determinar a realização de provas, ainda que ocorrida a preclusão. Nesse sentido adverte o ilustre professor das Arcadas de São Francisco: “Verifica-se, portanto, a necessidade de compatibilização entre a posição ora defendida e o instituto da preclusão. Diante da omissão da parte a quem competia a providência, deve o magistrado valer-se dos demais elementos constantes dos autos para formar sua convicção. Todavia, se forem eles insuficientes, pode e deve o juiz, justificadamente, determinar a produção de outras provas, ouvindo até mesmo as testemunhas não arroladas no momento adequado. em outras palavras: as regras processuais referentes à preclusão destinam-se apenas a possibilitar o desenvolvimento normal da relação processual. Não podem prevalecer, porém, sobre o poder-dever do juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o quanto possível da verdade, pois sua missão é pacificar com justiça.” (Pág. 21).

¹⁴ A análise da repercussão dos efeitos políticos e econômicos da decisão judicial que, inclusive, permitiria a aplicação da modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade tem gerado inúmeras críticas da doutrina, notadamente pela possibilidade da atuação irresponsável do Poder Público que, uma vez conhecedor do perfil ideológico consequencialista do Poder Judiciário, assumiria posturas notoriamente inconstitucionais, principalmente aquelas atinentes à atividade de arrecadação de valores, contando com a certeza de que o reconhecimento da atuação ilegal não seria alcançado pelo efeito retroativo da decisão. Nesse sentido destaca Abboud (2014): “A concepção de limitação de efeitos que propomos, para ser admitida, impõe ao Judiciário a obrigação de não somente indicar quais os fundamentos jurídicos que embasam a modulação, até porque essa obrigatoriedade pode ser depreendida da CF 93 IX. Assim, a decisão judicial deverá, necessariamente, indicar quais os direitos fundamentais que a limitação de efeitos objetiva resguardar. Ou seja, faz-se necessário demonstrar que, não obstante a necessidade de anulação do ato administrativo, tendo em vista uma pluralidade de direitos que seriam atingidos pela decisão, fundamenta-se uma necessária modulação de efeitos para se preservar as situações consolidadas enquanto vigorava o ato administrativo. A modulação não pode ser utilizada como instrumento para privilegiar interesses do Poder Público, por isso, a preservação do interesse público nunca pode ser o fundamento jurídico utilizado para se realizar a modulação de efeitos. Consoante sustentamos, a modulação de efeitos deve ser encarada como mecanismo para garantir a preservação dos direitos fundamentais do cidadão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e nunca como instrumento apto a premiar o comportamento irresponsável ou desleal das autoridades públicas. Nesse contexto, a modulação não pode ser realizada com base em argumentos consequencialistas como a preservação da higidez das finanças do Estados.” (pág. 329).

Significa dizer, portanto, que o *ethos*¹⁵ do julgador, ou seja, as características morais, sociais e afetivas que definem seu comportamento, e que aparecem de modo implícito no discurso judicial, devem estar alinhadas ao paradigma constitucional, de modo a evitar a vagueza na valoração, tanto da norma jurídica, quanto dos elementos de provas, sendo inaceitável a postura de determinados juízes que, apegados ao tecnicismo formalista¹⁶, persistem em desrespeitar a constituição; daí o porquê de serem considerados por Rafael Abras (2018), a partir de uma leitura do direito à luz das obras de Dostoiévski, como cínicos, à medida que, mesmo sabedores de seus erros, persistem em seus cometimentos:

O cinismo decisional na perspectiva normativa - quando se fala normativa, é preciso repetir, fala-se aqui no credo ortodoxo - traduz-se, especialmente, numa posição que se apegue ao formalismo procedimental estrito e, tendo em vista a dominação por meio do processo, é cônica da instrumentalidade das formas, ao mesmo tempo em que louva a rigidez das formas processuais para negar ou obstar um direito evidente. Quando a decisão utiliza a própria lei procedimental como justificção para a recusa ou a contenção de um direito evidente ou para a manutenção de uma manifesta violação de um direito, ali emerge uma decisão cônica com amparo na perspectiva normativa. (Pág. 100).

Assim, ainda que predomine perante significativa parcela dos magistrados brasileiros a posição ideológica formalista, mostra-se cada vez mais urgente, nos dizeres de Nalini (2000), a necessidade da existência de juízes tidos como rebeldes:

Diante da turbulência, o Judiciário não sabe como se comportar. Ao assumir na integralidade as suas funções de intérprete da Constituição, imiscuir-se-á na vida política e será acusado de usurpar funções dos demais poderes. Se vier a recolher-se, na postura inerte de autodefesa e preservação das suas

¹⁵ Palavra de origem grega que representa as propriedades que os oradores atribuíam a si mesmo, de modo implícito, por meio da forma de falar. Curioso destacar que este comportamento nem sempre corresponde a uma forma racional. Atualmente, a chamada *economia comportamental*, procura comprovar a forte influência do inconsciente no processo decisório desenvolvido por juízes. Nesse sentido, destaca Machado Segundo (2016): “Outro setor no qual estudos empíricos podem fornecer contribuições valiosas ao estudo do fenômeno jurídico diz respeito à chamada economia comportamental, expressão aqui utilizada para designar um ramo do conhecimento surgido da interseção de alguns outros (economia, psicologia, neurociência etc.) e que se volta ao estudo da decisão humana ou dos fatores que influenciam, sobretudo inconscientemente, nessa decisão, a mostrar que o inconsciente, a intuição e os instintos têm papel consideravelmente maior do que usualmente se pensava na determinação de escolhas até então tidas como puramente racionais.” (2016, pág. 93).

¹⁶ Para Antônio Carlos Wolkmer (1989): “A ideologia positivista se contrapõe à concepção metajurídica jusfilosófica, na medida em que rejeita toda e qualquer dimensão *a priori*. Descarta, assim, princípios e juízos valorativos em função de uma suposta neutralidade axiomática, de um rigoroso experimentalismo e, ao mesmo tempo, de um tecnicismo formalista. O Direito é explicado pela sua própria materialidade coercitiva e concreta. Toda a sua validade e imputação fundamentam-se na própria existência de uma organização normativa e hierarquizada. A concepção jurídico-normativa tipificada pelo caráter abstrato, genérico e institucionalizado tende a harmonizar os diversos interesses conflitantes no bojo da organização sócio-política, bem como disciplinar e manter as diversas funções do aparelho estatal. Este caráter ideológico, passível de ser detectado na doutrina positivista, não é de forma alguma ‘reconhecido’, mas ‘ocultado’ pelo dogmatismo jurídico oficializado.” (págs. 127-128).

conquistas corporativistas, tenderá a perder ainda mais a sua relevância social e será um poder destinado à descartalização.

É por isso que nunca o Brasil precisou tanto de *juizes rebeldes*. Nunca se cuidou de conceituar qual o modelo de juiz adequado para uma sociedade heterogênea, emergente e periférica. Continua-se a acenar com uma carreira estável, asseguradora de status e benesses. em lugar disso, oferece-se um quadro adverso: remuneração inicial insuficiente, condições precárias de serviço, incompreensão do destinatário ou o utente da prestação judicial, ameaça de um futuro comprometido e sem garantias.

Para afirmar-se como Poder do Estado, o Judiciário precisa dos *bons rebeldes*. Aqueles que se não recusem a um *plus*. Além da produtividade na solução dos problemas, a formulação de soluções novas para justiça. o enfrentamento de questões essenciais e inadiáveis, como a redução da exclusão. Ninguém duvida mais de que a disparidade entre os muitos ricos e os muito pobres será o principal desafio do mundo no próximo século. (Págs. 156-157).

É certo que esta postura combativa que se exige do Poder Judiciário não se mostra de fácil aplicação na prática forense, uma vez que se trata da transformação cultural de uma parcela do Poder do Estado, que é retroalimentada por um secular modelo ideológico, e como bem destacou Marx (2007), representa uma parcela da própria classe dominante:

As ideias da classe dominante são, em cada época, as ideias dominantes, isto é, a classe que é a força material dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, sua força espiritual dominante. A classe que tem à sua disposição os meios de produção material dispõe também dos meios da produção espiritual, de modo que a ela estão submetidos aproximadamente ao mesmo tempo os pensamentos daqueles aos quais faltam os meios da produção espiritual. As ideias dominantes, são as relações materiais dominantes apreendidas como ideias; portanto, são a expressão das relações que fazem de uma classe a classe dominante, são as ideias de sua dominação. Os indivíduos que compõe a classe dominante possuem, entre outras coisas, também consciência e, por isso, pensam; na medida em que dominam como classe e determinam todo o âmbito de uma época histórica, é evidente que eles o fazem em toda a sua extensão, portanto, entre outras coisas, que eles dominam também como pensadores, como produtores de ideias, que regulam a produção e a distribuição das ideias de seu tempo; e, por conseguinte, que suas ideias são as ideias dominantes da época. (Pág. 47).

Nesse sentido, e nos valendo da distinção apresentada por Althusser (2007), entre *Aparelho do Estado* e *Aparelho Ideológico do Estado*, podemos afirmar que o Poder Judiciário pertence, ao mesmo tempo, ao *Aparelho do Estado*, que para o filósofo marxista representa o desenvolvimento das instituições oficiais através da violência, e ao *Aparelho Ideológico do Estado*, um organismo social que busca internalizar, na própria estrutura estatal, a ideologia da classe dominante, ou seja, do direito burguês.

Desse modo, o domínio do Estado pela burguesia impede a postura revolucionária, uma vez que a atuação repressiva e ideológica objetiva garantir as condições políticas da

reprodução das relações de produção, ou seja, de privilégios estamentais, como, aliás, observa Mascaro (2018):

Nesse sentido, há uma divergência em relação à antiga formação jurídica brasileira. No passado, o estamento jurídico, de corte profundamente bacharelesco, beletista, adornava-se de uma cultura geral hermética e que se afirmava a partir de sua diferença para com o restante da cultura da sociedade. O latim, os brocados, as vestimentas e os protocolos de interação social tornavam os sucessores de Rui Barbosa um grupo distinto daqueles da política e da economia burguesa. Era um último resquício de aristocracia absoluta em solo brasileiro. No presente, há uma noção de unidade corporativa do mundo jurídico para o recebimento de favores e privilégios e de manutenção de seu poder decisório incontestado, e, mesmo, uma maior exposição e uma maior apropriação do poder condutor dos destinos sociais; em contrapartida, perde-se a noção de estamento intelectual ou comportamental. O direito tanto veste toga para manter privilégios estamentais quanto terno e gravata para se alinhar ao capital, como agente de classe. (Pág. 57).

Prova disso é que muitos juízes tidos como vocacionados, ou mesmo preocupados com a necessária realização do ideal de justiça, apresentam uma visão pessoal pouco animadora a respeito do Poder Judiciário.

Em pesquisa sobre a personalidade do juiz e a condução do processo, Khalil (2012) entrevistou cinco Magistrados e um Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sendo surpreendido com o resultado da sua pesquisa. Para os entrevistados o Poder Judiciário representa, não raras vezes, verdadeiro palco de injustiças e esvaziamento democrático, além do forte corporativismo que limita a oportunidade de progressão na carreira sem que ocorra o deslocamento para outras comarcas, mostrando-se, ainda, absolutamente ineficiente, haja vista a impossibilidade de efetiva solução de conflitos, sendo ainda uma instituição heterogênea que desconhece a si mesma.

Ainda que se possa questionar o resultado da pesquisa em termos quantitativos, uma vez que os entrevistados representam pouco mais do que 2% dos 2.651 magistrados que integram o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁷, é certo que referida análise representa no mínimo uma necessidade de mudança de paradigmas, não apenas na atividade judicante, ou seja, da decisão judicial, mas principalmente na formação dos juízes brasileiros, que não deve se limitar àquela recebida nas escolas de aperfeiçoamento da carreira.

Nesse sentido esclarece Nalini (1999):

¹⁷ Esse dado pode ser conferido na página 28 do relatório Justiça em Números, emitido no ano de 2018 pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Em quase todos os países de tradição-romano germânica, da família jurídica ocidental, optou-se por consistente e consequente programa de *formação de juízes*.

Reconhecida a inidoneidade do ciclo convencional de estudos universitários para formar um profissional cuja atuação reveste singular especificidade, conclui-se pela imprescindível adoção de modelo também especial, não é função da Universidade preparar juízes. Isto é missão da sociedade e, por ela, do próprio Poder Judiciário.

Incumbe ao Judiciário prover seus quadros do profissional dotado de atributos que o tornem um julgador eficiente. a eficiência é hoje princípio básico da administração pública e parece ter sido incluída junto aos demais - publicidade, legalidade, impessoalidade, moralidade - em atenção às falhas funcionais do próprio Judiciário.

A justiça brasileira tem o dever de fornecer à sua sociedade um juiz eficiente. Afinal, a eficiência é o critério para aferição da legitimidade das instituições públicas no moderno Estado de Direito.

E o que significa a *formação adequada* do juiz? Significa, em síntese singela, uma *formação integral*, que se pode subdividir, didaticamente, em formação prévia, formação inicial e formação permanente. (Pág. 143)

Todavia, por mais que se defenda a necessidade de melhor seleção e formação dos magistrados, sobretudo daqueles que se apresentem com formação humanista, é certo que a realidade parece muito distante deste ideal; tanto é verdade que os candidatos à carreira da magistratura procuram entender o conteúdo de “formação humanística” em manuais simplificados, como se fosse possível aprender a ser humanista pela simples leitura de textos.

Nesse sentido, releva registrar as duras críticas de Streck (2016):

Da mesma forma, encontram-se livros sobre a ‘formação humanística’ para concursos. O que é impressionante ainda é que se quer ‘ensinar’ humanismo. Vários livros querem ensinar ‘como ser humanista’. Ora, isso não se aprende em manuais. Ou está no âmago do ensino jurídico, nos livros e nas práticas cotidianas, ou não está. Tentar ensinar ‘humanismo’ para ‘uso em concursos públicos’ é institucionalizar a matéria, em nada contribuindo para a construção de um ensino jurídico, de fato, humanista. (Pág. 36).

Assim, conclui-se que o perfil ideológico do julgador não deve ser atrelado aos seus interesses pessoais ou mesmo institucionais, mas aos parâmetros impostos pela constituição federal.

3 PARADIGMAS PARA A DECISÃO JUDICIAL

Foi possível observar até o presente momento que muito mais do que a compreensão da estrutura lógico-formal do direito, ou seja, sob a perspectiva de uma teoria

descritiva jurídica, necessária se mostra a reflexão da comunidade jurídica a respeito da teoria da decisão judicial, notadamente sob a perspectiva crítica do direito¹⁸.

Nesse contexto, Lorenzetti (2009) propõe seis paradigmas para limitar a interpretação subjetiva do julgador¹⁹, de modo a auxiliar o processo cognitivo pela busca de uma resposta correta, semelhantemente à teoria proposta por Ronald Dworkin. Assim, para o festejado jurista argentino, é possível a observância de certos modelos decisórios pelos quais se busca a prevalência do contexto social sobre a norma jurídica.

O primeiro paradigma por ele apresentado diz respeito ao *acesso a bens jurídicos primários*, e tem por finalidade garantir a igualdade real de oportunidades aos excluídos.²⁰ Logo, a decisão judicial deve estar comprometida com igualdade material, observando-se que o juiz que adota este modelo decisório, por priorizar os resultados, abandona a postura neutra a respeito do direito²¹. A crítica a este modelo consiste na possibilidade da desestruturação do sistema jurídico face às inúmeras exceções abertas no atingimento da proteção dos excluídos, tais como aqueles desprovidos de moradia, de acesso ao mercado de consumo, bem como do direito à saúde.

¹⁸ Antonio Carlos Wolkmer conceitua a teoria jurídica crítica da seguinte forma: “Justifica-se, assim, conceituar ‘teoria jurídica crítica’ como a formulação teórico-prática que se revela sob a forma do exercício capaz de questionar e de romper com o normativo que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso, no comportamento e no institucional) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipatórias, de prática jurídica.” (2012, pág. 44).

¹⁹ No Brasil a atuação subjetiva do julgador ganhou força a partir da concepção instrumentalista do processo inaugurada com a tese de Cátedra do professor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Cândido Rangel Dinamarco. Contudo, para Lênio Luiz Streck (2017), os poderes conferidos ao julgador para reduzir o formalismo processual e assegurar a máxima efetividade da jurisdição implicam a aposta solipsista do juiz, ou seja, de que as suas experiências pessoais são suficientes para resolver a lide e realizar o direito material. Para o festejado professor gaúcho o princípio da adequação procedimental, decorrente da instrumentalidade das formas, mostra-se nocivo ao modelo processual constitucional, uma vez que chancelador da atuação discricionária na linha das teses hartianas e kelsinas. Nesse sentido conclui: “Qual é o fundamento de, em plena democracia e de produção democrática do direito, delegar para o juiz esse poder discricionário? E o que é isto, ‘fazer justiça’? Mais: o cumprimento estrito das regras processuais - que, nas constituições contemporâneas estão inscritas como direitos fundamentais - implica ‘privilégios’ processuais ou ‘injustiças’? E o juiz teria que ter o poder de fazer essas ‘correções’? Mas, se o devido processo legal é uma garantia constitucional, de que modo o juiz poderia se contrapor a essa aplicação? Veja-se o eterno retorno ao problema do solipsismo, o que, paradoxalmente, aproxima as teses de Souza Santos com aquelas defendidas por Menger, Klein, Couture, Bedaque, Dinamarco e tantos outros.” (Ob. cit. pág. 50).

²⁰ Ob. cit., págs. 230-250.

²¹ Evidente que a proteção jurídica das pessoas vulneráveis exige uma atuação criativa e construtiva não somente do julgador mas de todos os atores processuais. Prova disso é a tese denominada *Dimensão quântica do acesso à Justiça*, e que foi desenvolvida pelo Defensor Público do Estado de São Paulo, Aluísio Lunes Monti Ruggeri Ré. Para o referido autor: “Chamaremos de índice de possibilidades (IP) o número de alternativas possíveis, que será diretamente proporcional ao número de peculiaridades do caso concreto (PCC) e ao nível valorativo do direito violado (NVD). Em outras palavras, quanto mais rico em peculiaridades for o caso em questão e mais nobre for o direito ameaçado, maior deve ser o ‘cardápio’ de possibilidades jurídicas, exigindo do Defensor Público alto senso exegético e de construção técnica”. (2013, pág. 97).

O segundo paradigma é denominado de *protetivo*, e na visão de Lorenzetti (2009), distingue-se do modelo anterior por razões assim expostas:

O paradigma protetivo tutela os vulneráveis e é consistente com o paradigma do acesso. No entanto, refere-se a diferentes campos: o problema do acesso se concentra exclusivamente em quem está excluído e, portanto, pode ser aplicado a quem não é vulnerável, por exemplo, uma empresa que quer entrar em um mercado fechado. concentra-se nas atribuições *ex ante* do mercado, ou seja, nas suas falhas estruturais que provocam exclusão. O paradigma protetivo está voltado, em contrapartida, para quem não for vulnerável e estiver no mercado. Seu fundamento constitucional é a igualdade. (Pág. 251).

Assim, do ponto de vista do *paradigma protetivo*, o fundamento de validade da decisão, não raras vezes, encontra guarida nos direitos humanos regulados nos tratados internacionais e nas constituições. A utilização desse modelo acarreta desproteção mediata, uma vez que, sob o pretexto de aumento nos direitos, acaba por afastar os incentivos para a oferta de crédito, levando à repartição na elevação dos custos aos demais participantes do mercado. Diante disso, critica-se a postura do julgador que decide com base em uma visão superficial, porque sensibilizado com a condição de vulnerabilidade da parte, sem considerar os efeitos a médio prazo de sua decisão²².

Por sua vez, o terceiro paradigma, é denominado de *coletivo*, e diz respeito aos interesses grupais, e aos bens coletivos. Tem como princípio estruturante a prevalência dos interesses coletivos sobre os chamados bens individuais. Este modelo decisório é comumente aplicado, por exemplo, nas questões que dizem respeito ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e paisagístico. Lorenzetti observa, contudo, que sua utilização pode desencadear na formação de uma sociedade coletiva sem indivíduos, sem falar também nos riscos de definir as pessoas ou grupos responsáveis por identificar os bens que deverão ser tidos como coletivos²³.

O quarto paradigma apresentado pelo professor argentino é de ordem *consequencial*, e leva em conta os efeitos públicos das ações privadas, coincidindo em muito com o paradigma coletivo. Contudo, diferentemente do paradigma anterior, no qual são priorizadas as relações coletivas sobre o individual, neste modelo decisório o juiz se vale de critérios econômicos e sociológicos para fundamentar sua decisão, controlando, assim seu impacto. Nas palavras do próprio autor:

²² Ob. cit., págs. 251-269.

²³ Idem, págs. 270-304.

A Corte Suprema de Justiça da Nação assinala que a primeira regra de interpretação é dar pleno efeito à intenção do legislador e que um dos índices mais seguros para verificar a razoabilidade da inteligência de uma norma, e a sua congruência com o resto do sistema a que está encadeada, é a consideração das suas consequências. O julgador que não mede os efeitos da decisão quanto ao caso concreto, ou também as consequências posteriores ou o impacto do julgado em outros pronunciamentos, consuma uma interpretação desqualificável por imprevidente.” (Ob. cit., pág. 321).

Interessante observar que esse paradigma consequencial é adotado expressamente no Brasil pelo artigo 20, “caput”, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), que foi incluído pela Lei nº 13.655 de 2018, o qual veda que se adote, na decisão proferida nas esferas administrativa, controladora e judicial, valores jurídicos abstratos, sem que sejam consideradas suas consequências práticas²⁴.

Assim como o paradigma coletivo, o consequencial também pode acarretar possível esvaziamento do indivíduo perante a sociedade²⁵.

Em seguida, Lorezenti apresenta o paradigma do *estado de direito constitucional*, que está baseado na concepção de que o direito é um limite tanto ao poder público quanto à esfera privada. Isso se deve ao fato de que os juízes são, ao mesmo tempo, protetores das instituições e dos direitos individuais. Diante disso, a decisão judicial não objetiva suprimir a vontade das majorias ou minorias, mas garantir suas respectivas expressões²⁶. Assim, como bem destaca o autor:

A corte pode impor decisões contra-majoritárias em defesa da Constituição e das minorias, mas é necessário que tenham certo consenso na comunidade para haver algum efeito, seja para impedir ou para pelo menos retardar as decisões legislativas ou da administração. Definitivamente, as decisões dos juízes constituem uma grande contribuição para a democracia deliberativa, mas não a substituem. (LORENZETTI, 2009, pág. 335)

O sexto e último critério de correção para limitar a interpretação subjetiva do julgador é denominado por Lorenzetti como *paradigma ambiental*, que, dada sua recente previsão nas constituições, deve implicar uma significativa mudança epistemológica, isto em razão de se tratar de um metavalor. É bem por isso que acaba condicionando os demais paradigmas, à medida que reconhece a natureza como sujeito. Logo, por introduzir novos

²⁴ A propósito, ver Luiz Sergio Fernandes de Souza, “As recentes alterações da LINDB e suas implicações, in Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público, SP, vol. 14, n. 2, 2.018, p. 123 a 132.

²⁵ Idem, págs. 305-321.

²⁶ Idem, págs. 322-339.

princípios estruturantes,²⁷ criar bens jurídicos, e sujeitos de direitos, é possível pensar atualmente na própria noção de *justiça ecológica*²⁸. A decisão judicial deve buscar assegurar a prevalência do interesse coletivo ao meio ambiente em detrimento do interesse individual²⁹.

Assim, após analisarmos os paradigmas apresentados pelo professor argentino, forçoso afirmar que referidos modelos são meramente exemplificativos, e não exaustivos, isto em razão da possibilidade de sua expansão, sobretudo diante da aplicação de um determinado modelo decisório para um campo jurídico para o qual não foi originariamente pensado, tal como ocorre, por exemplo, com o reconhecimento de certas regras protetivas previstas pelo direito do consumidor ao empresário³⁰.

Além do mais, como destaca Lorezenti, não é admissível que referidos paradigmas sejam ignorados ou até mesmo suprimidos pelo julgador, razão pela qual se exige que os juízes indiquem o paradigma utilizado, além do objetivo a ser alcançado, observando-se que, diante de eventual conflito entre os critérios, deverão buscar sua harmonização, examinando os benefícios e prejuízos de cada um deles, e não a simples exclusão de um modelo em detrimento de outro.

Esta harmonização deverá levar em conta, ainda, o modelo da democracia deliberativa, ou seja, dos consensos majoritários, e limitá-los, caso venham a transgredir os direitos fundamentais³¹.

²⁷ Vale registrar que a simples existência de novos princípios jurídicos oriundos do Direito Ambiental não deve escapar de uma acurada visão crítica. É o que ocorre, por exemplo, com o chamado *princípio do desenvolvimento sustentável*, que apresenta verdadeira contradição entre as ideias de *desenvolvimento* e *sustentabilidade*. A propósito disso adverte Machado (2017): “O antagonismo dos termos - *desenvolvimento* e *sustentabilidade* - aparece muitas vezes, e não pode ser escondido e nem objeto de silêncio por parte dos especialistas que atuam no exame de programas, planos e projetos de empreendimentos. De longa data, os aspectos ambientais foram desatendidos nos processos de decisões, dando-se um peso muito maior aos aspectos econômicos. A harmonização dos interesses em jogo não pode ser feita ao preço da desvalorização do meio ambiente ou da desconsideração de fatores que possibilitam o equilíbrio ambiental”. (Pág. 64).

²⁸ Para um melhor exame da noção de justiça ecológica conferir o capítulo 3 da obra de Klaus Bosselmann, *O princípio da sustentabilidade. Transformando direito e governança*. Tradução de Phillip Gil França; prefácio Wolfgang Sarlet. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

²⁹ Idem, págs. 340-357.

³⁰ Idem, pág. 227.

³¹ Idem, págs. 228-229.

CONCLUSÃO

Conforme observamos no presente trabalho a teoria da decisão judicial representa o atual estágio do desenvolvimento da própria teoria do direito.

A decisão judicial não pode estar vinculada à discricionariedade do julgador, uma vez que o reconhecimento do Estado Democrático de Direito exige o compromisso de julgar melhor e da maneira correta.

Desta forma é possível, e ao mesmo tempo desejável, que a comunidade jurídica avalie a decisão judicial, de modo a identificar sua correção à luz dos parâmetros impostos

Portanto, ainda que existam determinados modelos ideológicos que inspirem a formação do julgador, mostra-se inaceitável sua vinculação a interesses pessoais ou mesmo institucionais, havendo de se observar os parâmetros materiais impostos pela constituição federal, bem como pelos princípios que espelham os valores morais relativos aos direitos humanos, ainda que não positivados expressamente.

Os paradigmas ideológicos apresentados por Lorezenti auxiliam o julgador na árdua tarefa pela busca da única resposta correta e, ao mesmo tempo, funcionam como critérios de avaliação da decisão judicial.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e judicial. O ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ABRAS, Rafael. **Cinismo e decisão: como julgam os juízes?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. 1ª edição. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1999.

BOSELTMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2018: Ano-base 2017.** Departamento de pesquisas judiciárias. Brasília, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3ª edição. 5ª tiragem. São Paulo: 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 3ª edição. São Paulo: 2001.

FILHO, Roberto Lyra. **O que é direito.** Coleção primeiros passos, volume 62. São Paulo: Brasiliense, 2012.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6ª edição. 4ª tiragem. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

KENNEDY, Duncan. **Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica.** 1ª edição. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

KHALIL, Antoin Abou. **A personalidade do juiz e a condução do processo.** São Paulo: Ltr Editora, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial. Fundamentos de direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 25ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência: uma introdução à epistemologia jurídica.** São Paulo: Malheiros, 2016.

MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de filosofia do direito. De Platão a Frederick Schauer.** 1ª Edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

MARX, Karl. **A ideologia Alemã.** São Paulo: Boitempo, 2007.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e golpe.** 1ª edição. São Paulo: Boitempo, 2018.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Judicial.** Salvador, Bahia: Editora Juspodivm, 2018.

NAGAO, Paulo Issamu. **O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo: de acordo com o CPC/2015 e a Lei 13.256, de 4.2.2016.** São Paulo: Malheiros, 2016.

NALINI, José Roberto. **O juiz e o acesso à justiça.** 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NALINI, José Roberto. **A formação do juiz brasileiro.** *In:* Formação Jurídica. coordenação José Renato Nalini. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 5ª edição anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. **A dimensão quântica do acesso à justiça.** *In:* Temas aprofundados Defensoria Pública. Salvador, Bahia: Editora Juspodivm, 2013

REALE, Miguel. **A visão integral do direito em Kelsen.** *in:* Estudos de Filosofia do Direito. Uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Coordenação geral Munir Karam, Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito.** 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes. **As recentes alterações da LINDB e suas implicações.** *In* Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público, vol. 14, n. 2, p. 123 a 132. São Paulo, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 6ª edição revista e atualizada de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito.** 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição hermenêutica e teorias discursivas.** 5ª edição, revista, modificada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.