



O MODELO JURISDICIONAL FRENTE À TRANSIÇÃO DO ESTADO LIBERAL À JURISDIÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA FIGURA DO MAGISTRADO

Géssica Adriana Ehle¹

Gil Monteiro Goulart²

RESUMO: O presente trabalho tem por enfoque a análise do modelo jurisdicional frente à evolução do Estado, tendo o magistrado e sua forma de atuação tendo alcançado poder demasiado fomentando o solipsismo judicial no processo. Para isso foi adotado a matriz teórica hermenêutica, por meio da análise crítica do papel do juiz em seu decisionismo judicial em que pese as suas concepções pessoais para prolatar a sentença no processo diante do caso concreto. O método de procedimento monográfico com o recorte da evolução do modelo de Estado e ainda analisando a figura do magistrado no processo judicial com a pesquisa doutrinária atinente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil; Processo Civil; Decisionismo Judicial.

ABSTRACT: The current work is focused on analysis of the judicial model forward the evolution of the state, with the magistrate and his way of acting reaching excessive power encouraging judicial solipsism in process. For it was adopted theoretical hermeneutic matrix, through the critical analysis of the role of the judge in his judicial decisionism in spite of their personal conceptions for pronouncing the judgment in the lawsuit in the face of the case. The method of monographic procedure with the clipping of the evolution of the State model and still analyzing the figure of the magistrate in the judicial process with regard to doctrinal research.

KEYWORDS: Civil Law; Civil lawsuit; Judicial Decisionism.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Integrante do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet da Universidade Federal de Santa Maria (CEPEDI), cadastrado na plataforma do CNPq. Atuação nas linhas de pesquisa Ativismo digital e cidadania global e Riscos e (des) controles do ciberespaço. Cursa pós-graduação lato sensu em Direito Constitucional e Direito do Consumidor pela Instituição de Ensino Complexo Educacional Damásio de Jesus; Advogada inscrita sob o n. 93.779 OAB/RS. E-mail: gessica.ehle@gmail.com.

² Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Área de Concentração: Direitos Emergentes da Sociedade Global. Linha: Direitos na Sociedade em Rede. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Franciscano – UNIFRA. Membro do Núcleo de Direito Informacional – NUDI. E-mail: gilmonteirogoulart@gmail.com



INTRODUÇÃO

O Estado nasce em primeira instância para a burguesia, e o processo por sua vez vem para atender os interesses dessa classe, assentado pelo paradigma racionalista de deslocar o centro para o sujeito. A primeira versão do Estado moderno foi absolutista, onde o poder estava nas mãos do monarca soberano que reunia todas as funções do Estado.

Porém, a necessidade por uma autonomia política fez com que se rompesse com o Estado absolutista, pois o constitucionalismo, com sua história política e jurídica foi um alicerce ideal para o liberalismo, conforme descreveu Matteucci.

O constitucionalismo moderno consiste na aspiração de uma constituição escrita que contenha normas jurídicas organicamente organizadas (opondo-se a tradição de normas consuetudinárias da Idade Média) no intuito de codificação do direito público e privado, sob a ótica de igualdade.

A constituição moderna escrita baseia-se na legitimidade e funcionalidade. A primeira coloca o conteúdo das normas como legítimo, pois emanado do povo, contrariando a ideia existente anteriormente onde a legitimidade era emanada da vontade de Deus.

A partir disso a problemática enfrentada neste ensaio tem por objeto o papel do magistrado que num primeiro momento mantém-se neutro e com a evolução do modelo de Estado, passando a perceber poder além do mero reprodutor da lei caracterizado no Estado Liberal. O arbítrio judicial toma forma no Estado moderno trazendo o ativismo judicial como atributo no âmbito da jurisdição judicial, o que por fim na atualidade nos revela o magistrado imbuído de suas concepções e experiências pessoais como forma de sopesamento nas decisões diante do fato concreto.

Para isso foi adotado a matriz teórica hermenêutica, por meio da análise crítica do papel do juiz em seu decisionismo judicial em que pese as suas concepções pessoais para prolatar a sentença no processo diante do caso concreto. O método de procedimento monográfico com o recorte da evolução do modelo de Estado e ainda analisando a figura do magistrado no processo judicial e o arbítrio consumado na atualidade. Assim sendo, é o que se passa a discorrer.

1. A EVOLUÇÃO DO MODELO ESTATAL: O PAPEL DO MAGISTRADO



A partir da tripartição de poderes e sob influência do liberalismo, o juiz exerce papel de subordinado numa relação de obediência as normas jurídicas. A base do modelo liberal tem enfoque na lei como premissa maior, desconsiderando a existência dos princípios constitucionais.

O Processo civil nesse ínterim, encontra-se como uma 'espécie' propriedade das partes. Nesse momento verifica-se modelo de juiz reprodutor do sentido da lei. Revelando o Direito como ciência numa busca pela verdade e num descomprometimento com a justiça do caso concreto assentando a relação processo método.

A matematicidade inspirada no racionalismo do séc. XVII faz com que o Judiciário figure como poder subordinado, sem ingerência e adstrito a norma, o Estado Liberal foi uma verdadeira política da obediência em face da legislação, "um ambiente no qual o ordenamento jurídico positivado assumiu a função de limitador da vontade do governante e, ao mesmo tempo, um garantidor do conjunto de direitos e garantias individuais, os quais não poderiam ser extrapolados nem mesmo pelo Estado" (ISAIA, 2012, p. 112).

Assim, a atividade jurisdicional na modalidade liberal de Estado reduziu-se a Jurisdição da Reprodução, onde o arbítrio do juiz é limitado, negando a interpretação e fixando-lhe a função de fiscalizador do cumprimento das normas, em atividade burocrática.

Dessa forma o Estado Liberal também entendido como Estado Gerente se configura na roupagem jupiteriana (em referência a construção de François Ost no texto Júpiter, Hércules e Hermes), uma vez que as decisões são sempre proferidas de cima, em referência ao Monte Sinai, em consideração ao caráter positivista desse modelo de Estado (ISAIA, 2012, p. 117). Nesta senda, conclui-se no entendimento de Cristiano Becker Isaia (2012, p. 119-120):

O processo agora seduzido pela ânsia de certeza promovida pelo racionalismo (onde tudo se matematiza, se geometriza), tornar-se-ia metodologicamente análogo a uma equação matemática, devendo propiciar ao magistrado, devidamente apoiado "fase a fase" pela ordinarização do rito, o alcance de uma verdade matemática.



Portanto, o modelo liberal de Estado configurou exponencial influência no processo civil e na jurisdição, o qual se mostra escrito e onde as partes possuem relevância, tendo destaque e protagonismo, entretanto, o juiz permanece neutro, deslocado e longe da atividade interpretativa, desempenhando a função de um indivíduo aparelhado pelo estado para reproduzir as normas jurídicas unicamente.

Dito isto, o Estado social (*Welfare State*) é o modelo que surge em detrimento de modelo absenteísta para implementar a figura de um poder estatal intervencionista, cujo seus ditames era promoção social, econômica, refletindo também na seara jurídica. O estado de bem estar social tem sua gênese a estruturalização com a contribuição das classes de trabalhadores e sua representação por meio de sindicatos.

Traz a partir dessa configuração com novos atores sociais. Corrobora essa intervenção do Estado social como marco inicial três documentos históricos, sendo eles a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Alemã de Weimar de 1919 e a Declaração dos Direitos do Povo e do Trabalhador e Explorado, provinda da Rússia socialista e datada de 1917-1918, denotando assim uma influencia constitucionalista.

O Estado Social avança no sentido de constitucionalizar direitos sociais e trabalhistas, tendo esse modelo de Estado assumido a feição de um Estado Constitucional, promovendo a garantia de direitos positivados, um caráter prestacional com a sociedade, confere "tais medidas, não se limitam à pobreza econômica, alcançando também outros aspectos, como a promoção do bem-estar geral, a cultura, o lazer, a educação, a defesa do meio ambiente, o desenvolvimento de regiões atrasadas" (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 9). Em entendimento próximo Cristiano Becker Isaia (2012, p. 145) acresce:

Ainda que fiel ao capitalismo, a postura do modelo estatal social procura romper com o liberalismo econômico e a supervalorização do indivíduo, fomentando a intervenção da promoção social através da implementação de políticas públicas sociais.

A jurisdição toma novo direcionamento com o protagonismo do juiz, com o processo sob a característica da oralidade. O juiz nessa perspectiva é envergado de poderes torando-se o representante soberano da lei, assegurando também a paz social, na figura do executor da justiça social.



O papel do juiz boca da lei é superado, pois se insere nesse contexto de anseios sociais, superando dessa forma a magistratura inerte e trazendo a discricionariedade como fator de superioridade e aumento da representatividade do juiz no processo oralizado, em confronto ao modelo que dava o protagonismo as partes pelo processo escrito, verifica-se a postura de ativista do magistrado, lhe atribuindo ainda como juiz 'criativo' diante do subjetivismo interpretativo que o Estado Social lhe conferiu.

A discricionariedade, os decisionismos e arbitrariedades interpretativas marcam o *Welfare State*, isso implica dizer que no entendimento de Dworkin e de Ovídio Baptista da Silva as decisões calcadas a partir da consciência do juiz, sem um padrão legitimamente adotado é mais que uma decisão positivista, é uma decisão arbitrária, decisionista (ISAIA, 2012, p. 157).

As novas dinâmicas valoraram no processo o magistrado e suas concepções e convicções (solipsista), o que não trouxe em tempo a satisfação de direitos daqueles que foram abnegados pelo Estado.

Dito isto, leciona (ISAIA, 2012, p. 158):

Mesmo diante desse novo quadro estatal, onde a questão social se apresentou principalmente em razão dos movimentos do proletariado, do movimento sindicalista, dando azo à instituição das pretensões de massa (coletivas), o processo civil permaneceu atrelado à concepção subjetivo-individualista, continuando a se deter num rito apto à consecução de direitos individuais através da hipostasiação do procedimento ordinário-declaratório e na subjetividade do julgador. É incrível como o processo de que se dispõe atualmente ainda não logrou êxito em superar o tecnicismo do século XIX, fato que vem o levando a se manter refém do procedimento ("fase a fase") e do solipsismo judicial, do "decido conforme a minha consciência".

Portanto, com a análise realizada verificou-se que direito processual do Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*) foi delineada por ser uma jurisdição da "criação", com base nos atos discricionários e nos decisionismos do juiz, baseado em suas convicções e valorações pessoais.

O protagonismo do juiz no processo e a valoração demasiada que promove um afastamento da jurisdição e sociedade em face dos princípios constitucionais, devendo-se pensar na construção de um modelo que supere a mera aplicação e reprodução da lei bem como o processo norteado pelo modelo de solipsismo e consciência amoldados e isolado constituído na figura do julgador.



A consagração permanente do rito ordinário na processualística moderna deve-se muito pelas heranças deixadas pela filosofia do racionalismo, os ideais liberalistas e pelas concepções romano-tardias do processo.

O ideal racionalista pautado na busca pela segurança jurídica, que faz fortalecer o direito enquanto método e o pensamento liberal que apenas preocupasse com as individualidades. Assim, na concepção romana, a teoria da ação que designava como ação a titularidade de um direito subjetivo, no plano material, o que mais tarde foi abandonado e agora resignificado como direito de ação processual, no plano de uma pretensão. Nas palavras de Fábio Cardoso Machado (p.07):

“a actio romana representava o agir ou o poder agir de quem detinha a titularidade do que modernamente designamos por direito subjetivo. Agir ou poder agir, aliás, contra o sujeito privado que ocupasse a titularidade passiva da relação de direito material, e não contra o Estado, para que este, na pessoa do pretor, prestasse jurisdição”.

A Ação de direito material é a categoria que expressa o agir para a realização do direito, por quem tem direito, contra quem se encontra na titularidade passiva da relação jurídica de direito material. Este agir nada tem de autônomo e abstrato.

A “ação” processual, esta sim, será autônoma e abstrata, pois assume a função de garantir que todos possam alegar a possibilidade de agir contra outrem, de modo a permitir que quem tenha direito e pretensão de direito material consiga através do processo agir materialmente para a satisfação dessa pretensão. (SILVA, 1997).

Contribui Ovídio Batista da Silva pretensão nada mais significa do que o estado de “poder exigir”, mas que na verdade não guarda relação com a satisfação do direito subjetivo, dependendo esse da vontade voluntária do obrigado.

Dito isso, constata-se que a ação em seu sentido material fora banida do sistema processual moderno já que o processo perdeu seu vínculo com o direito material, tornando-se mero instrumento que não serve a satisfação dos direitos, e preocupa-se apenas em certificar a existência do direito.

Concepção esta derivada do paradigma racionalista onde o juiz descobriria o sentido único da lei, vinculando o processo de conhecimento a apenas declarar direitos, como sugere Isaia. (2012, p.128).



Sustenta-se que a sentença condenatória jamais trará efetividade ao direito material, podendo ser substituída por técnicas que tragam maiores e mais rápidas realizações do direito material, como é o caso das tutelas executivas e mandamentais. Essas últimas mais imperativas capazes de opor ao réu uma atitude a ser tomada com o fim de abreviar o processo e evitar delongas desnecessárias, sumarizando a demanda.

Pela vontade hobbesiana de unir moral e direito em uma única ciência, tal qual como as formas exatas, incapaz de incorrer em erro e totalmente positivada fez influenciar na atual sistemática do processo civil, baseada em verdades incontestáveis e na falsa impressão do juiz em apenas reproduzir a lei positivada. (ISAIA, 2012, p. 96-97). É o que reflete no banimento da ação de direito material, pois o direito é apenas certificado na sua existência enquanto a principal função do processo é de realizar ações que efetivassem direitos.

O legado de Bernhard Windscheid foi imperioso ao reconhecer que antes da sentença seria impossível haver ação de direito material, excluindo-se a possibilidade de haver juízos de mérito baseados na verossimilhança e também referindo-se ao fato de quem exerce a “actio” pugna por uma tutela processual, reduzindo o direito a aquilo reconhecido pelo juiz como tal. (ISAIA, 2012, p 131).

As heranças que a actio do direito romano privado trouxeram ao processo fizeram com que o rito ordinário, preocupado com as certezas e seguranças, fosse incapaz de tutelar adequadamente os direitos pós-modernos, cada vez mais universais derivados de uma sociedade em rede.

2. A MAGISTRATURA HODIERNA:

O direito moderno encontra-se focado em raízes racionais passando a atender às leis da razão, nesse novo mundo jurídico, onde o direito processual civil traz o paradigma moderno-racionalista, conforme menciona Isaia, não é admitida a interpretação da lei, possibilitando apenas sua aplicação a qual tem como objetivo a busca por verdades absolutas, sendo essas criadas no Estado-Liberal.

Pode-se perceber que a razão da jurisdição processual moderna tem por objetivo a verdade real a qual deverá ser encontrada ao final do processo e



declarada pelo magistrado, pois temos um processo civil declaratório em nosso ordenamento jurídico.

No entanto ainda em tempos atuais a ideologia liberal segue predominando, o que fica claro quando nos deparamos com juízes que deveriam estar de encontro de uma verdade formal, estão em busca de um direito que se “encaixe” na verdade que lhes foi apresentada, tentando desvendar os fatos levados a juízo para ao fim, declarar sua verdade encontrada como absoluta.

Para que o juiz não se atenha a essa falsa verdade real, que tenta a todo custo encontrar, é necessária a aplicação do Princípio da Verdade Formal, pois este seria encontrado através das provas levadas ao processo pelas partes e tudo o que o processo disponibiliza. Nesse sentido, evitando os julgamentos ditos solipsistas.

Ao juiz é dado a função de dirigir o processo, cabendo a ele conduzir os atos processuais e resolver os conflitos que são submetidos à sua apreciação, à luz do direito, para tanto o juiz é dotado de poderes que são administrativos e judiciais.

Existem duas posições que divergem com relação ao papel do juiz, entendendo umas delas que, o papel do juiz se limita a interpretação e aplicação da lei e outra entende que o juiz, ao interpretar a lei, lhe é dado o poder de discricionariedade passando a ter uma maior liberdade em suas decisões, o que nos parece uma ampliação dos poderes do juiz.

O cidadão ao ajuizar uma demanda anseia por solução aos seus problemas buscando assim a realização dos seus direitos e para tanto, contará com a atuação do magistrado, o qual conduzirá o processo, devendo aplicar a lei para posteriormente, proferir julgamento. Este julgamento, entende-se que deve estar abarcado pelo Estado Democrático de Direito, previsto no preâmbulo da Carta Magna, para que esta decisão seja considerada justa e imparcial. Logo, ao cidadão deve ser ofertada uma justiça com valores supremos.

Contudo, em se tratando de justiça e poderes em nossa Constituição está previsto o Estado Democrático de Direito o qual institui a separação dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) em nosso Estado, sendo que esta separação não permite que um Poder avance sobre a função do outro.

Logo, se ao juiz lhe foi dada a função de julgar, ao proferir suas decisões deverá cumprir a lei, a qual é de competência do poder Legislativo, não podendo então esse juiz/julgador exercer a função de legislar, proferindo sentenças de cunho pessoal em desconformidade com a lei.



Diante dessa problemática, leva-se em conta a influência positivista ocorrida no processo civil, que nos leva a perceber como essa interferência elevou a atuação do Magistrado em suas decisões judiciais, direcionando o processo civil na atualidade para atender aos anseios e convicções do juiz.

Nesse enfoque, como já mencionado que ao juiz é dado o poder de discricionariedade, sendo essa a possibilidade disponibilizada ao juiz de decidir conforme sua convicção e consciência, adotando o Magistrado uma postura característica do positivismo jurídico, refere Lenio Luiz Streck (2012, p. 39) acerca de poder discricionário, como sendo:

A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária (que é consequência inexorável da discricionariedade). Isso porque é preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário “delegado” em favor do juiz para “preencher” os espaços da “zona de penumbra” do modelo de regras.

Portanto ao deparar-se com casos em que a Lei não prevê amparo, o juiz poderá construir uma ideologia para julgar esse caso em específico. Trata-se de uma liberdade posta ao juiz para proferir seus julgamentos, podendo esse formar o meio eficaz para o caso que lhe foi exposto.

No entanto, alguns juízes perdem a noção dos seus limites como julgadores, os quais acabam por julgar com sua opinião, ou seja, uma atitude que representa um protagonismo individualista desconforme com a autonomia do direito.

Desta forma, entende-se que o juiz estaria agindo com empirismo, o que o leva a torna-se um juiz solipsista, aquele que é visto como detentor do poder solitário, conforme refere Cristiano Becker Isaia, o qual busca atestar sua íntima convicção através de respostas a determinadas casos trazidos para seu julgamento, onde esse irá encontrar as respostas para aplicação e julgamento, conforme sua intenção, deixando de aplicar o direito ao caso concreto.

O surgimento do tecnicismo contribuiu para a formação de juízes críticos, conforme leciona Isaia (2010, p. 27), o qual entende que “Isso contribuiria decisivamente à formação de juízes acríticos, “extraíndo” o sentido da lei para lançar a justeza de suas decisões a ela (lei) própria, não ao momento da aplicação do direito.”. Ao agir de tal forma, nota-se uma distorção nos atos do Magistrado o qual deixa de observar quais as competências impostas à sua função.



Referindo-se ao direito como um sistema de regras entende Isaia (2010, p. 37)

O direito —enquanto—sistema-de-regras o seduz constantemente, o que leva a laborar diuturnamente através do apego exacerbado aos textos legais e a sua “íntima convicção”, crendo que as regras prevêm todas as hipóteses aplicativas, desprezando, conseqüentemente, o processo interpretativo. Ao perceber essa necessidade, socorre-se da sua “consciência.

No momento em que o juiz decide conforme sua consciência, representando o protagonismo individualista, este passa a “legislar”, com isso o direito passa a perder sua autonomia, o que não deve ocorrer, pois o magistrado deve buscar a verdade e não encontrar argumentos para sua verdade ou seu entendimento sobre determinada situação.

Não raros são os casos em que se percebem às ações judiciais com mesmas causa de pedir e com pedido idênticos modificando-se apenas as partes, sendo julgadas por diferentes Magistrados tendo resultado diverso, aplicando-se o velho jargão “cada cabeça uma sentença”, sendo que o direito para ambos é o mesmo no caso análogo. Necessário se faz a aplicação da justiça e não a aplicação da vontade do Magistrado quando adapta a justiça para sua “fundamentação”.

Necessário uma reflexão dos julgadores para que entendam que o exercício do poder judicial não ocorre por seu ponto de vista pessoal tampouco de que a aprovação ao cargo lhe dará garantia de que suas opiniões se sobressaem ao direito.

O Magistrado, sujeito solipsista, ao proferir julgamento deprecia a imparcialidade, imaginando que, toda a realidade dos autos decorre da projeção inicial que ele construiu como verdadeira e para ele, considerando que o que aparecer no desenrolar do processo será uma mera consequência da percepção daquilo que ele já construiu.

Os fatos são manuseados para encaixarem-se na convicção já formada, sendo uma forma do juiz acrescentar seu entendimento e compreensão, de forma consentida ou não, a qualquer entendimento, embasando em opiniões pessoais, fazendo parecer que há exceções ao direito que lhe confere esses “poderes”.

A seguir, mencionaram-se alguns exemplos de decisões proferidas por julgadores solipsistas, sendo o primeiro citado por Lenio Luiz Streck (2010, p. 24) de



um trecho do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros o qual ilustra com clareza a discricionariedade que resulta desta dita convicção solipsista, vejamos:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição [...]. Decido, porém, conforme minha consciência, precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. [...] É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.

O decisionismo é prática corriqueira no cenário do Judiciário Brasileiro, pois não são poucos os exemplos em que julgadores decidem com seu próprio entendimento, aliado de empoderamento e arrogância.

O juiz deve analisar individualmente suas decisões, pois trata-se de um caso único, mesmo que já tenham ocorridos outros casos análogos, sempre haverá uma particularidade a ser observada, exigindo portanto uma resposta pessoal e em conformidade com a lei e não ao entendimento do magistrado, que por vezes, acaba sendo comparado a um outro caso que tenha características semelhantes de forma agrupada.

Para Dworking (1999) o ato interpretativo pensado no presente que resgata o passado na medida que a contemporaneidade a exige, promova para o Direito Processual Civil seja organizado e sistematizado por princípios suficientes com vistas a um futuro digno. Por assim dizer, os juízes devem balizar suas decisões retomando a tradição respeitando história e princípios pra que decisões sejam tomadas de forma autêntica evitando o universalismo judicial.

Ocorrendo ainda, uma massificação de decisões no judiciário em face do grande números de processos que abarrotam os tribunais hodiernamente, o que produz essa situação de produção de decisões, distanciando toda e qualquer possibilidade o do enfrentamento fático do caso concreto.

Um nítido exemplo de discricionariedade judicial cometido em recente episódio destacado no Brasil, quando na Justiça Federal a decisão proferida pelo Juiz Sérgio Moro, acerca da divulgação das interceptações telefônicas do ex Presidente Luis Inácio Lula da Silva, na decisão, o Juiz reconhece que o grampo era legal, e após ter determinado o grampo, autorizou a divulgação das escutas telefônicas.



Outro caso que destaca a atenção para o decisionismo com ausência de uma análise ao caso concreto é do Juiz do Rio de Janeiro que proferiu decisão proibindo a venda da autobiografia escrita por Adolf Hitler - Mein Kampf (Minha Luta) – por considerar que estavam gravadas as inspirações do Nazismo, entendendo que essas poderiam servir de estímulos á prática de crimes contra os direitos humanos, aduzindo que

No caso presente, verifico que a questão trazida ao conhecimento deste juízo comporta imediata providência do Poder Judiciário, com o fito de tutelar a ordem pública evitando a prática de crime definido no artigo 20 § 3º, inciso I, da Lei nº 7.716/89. A publicação que deu ensejo à presente ação cautelar, tem o condão de violar a lei penal, pois fomenta a prática nefasta da intolerância a parcela determinável de pessoas humanas. Neste particular, não se pode olvidar, o que é fato notório e, portanto, independe de produção de prova específica sobre a existência do fato, que o líder nazista, autor da obra intitulada 'Minha Luta', pregava e incitava a prática do ódio contra judeus, negros, homossexuais, ciganos etc. Diante do evidente conflito existente entre os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, especificamente, a defesa da pessoa humana, evidenciado está que qualquer manifestação de pensamento apto a ensejar o fomento a qualquer forma de discriminação à pessoa humana, contraria os mais basilares valores humanos e jurídicos tutelados pela República Federativa do Brasil. Registre-se que a questão relevante a ser conhecida por este juízo é a proteção dos direitos humanos de pessoas que possam vir a ser vítimas do nazismo, bem como a memória daqueles que já foram vitimados. Daí, não há que se falar em conflito de direitos fundamentais, ou seja, o direito à informação sem o crivo da censura versus a dignidade da pessoa humana. Isto porque, trata-se da proteção a bens diversos em diferentes níveis de tutela jurídica e social. Assim, estes não se confundem. Ademais, atualmente a hermenêutica do pós-positivismo soluciona a questão, pela harmonização entre os direitos fundamentais aparentemente em conflito. Aqui, no caso concreto, tenho que inexistente conflito real a ser solucionado, pois, a publicação da obra comumente chamada 'bíblia do nazismo' não está a tutelar o direito à informação. Pelo contrário, a obra em questão tem o condão de fomentar a lamentável prática que a história demonstrou ser responsável pela morte de milhões de pessoas inocentes, sobretudo, nos episódios ligados à II Guerra Mundial e seus horrores oriundos do nazismo preconizado por Adolf Hitler. Portanto, contrária à defesa dos direitos humanos. Ainda que não se entenda assim, dúvida inexistente que se houver um confronto entre os interesses jurídicos em comento, vai prevalecer a tutela dos direitos humanos, seja se utilizando da técnica de solução de conflitos consistente na preponderância de interesses, seja pela técnica da harmonização entre os interesses em conflito. Esta afirmativa decorre da prevalência dos direitos humanos sobre qualquer outro vá de encontro a este. É importante destacar que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema, oportunidades em que se posicionou pela tutela das garantias das pessoas humanas em detrimento de atos discriminatórios e incentivadores de ódio e violência. Apenas a título de ilustração, consulte-se a ementa abaixo transcrita, oportunidade em que a Corte Constitucional positivou seu entendimento acerca do tema, quando negou ordem de habeas corpus a paciente condenado por publicar obra literária contrária à tutela penal conferida pela Lei nº 7.716/89.



Questiona-se se o magistrado no caso em liça, tomou por bem ler o livro para encontrar suas conclusões, afinal, ele mesmo determinou que um dos exemplares deveria ficar acostados aos autos, parecendo que não teve acesso ao livro antes de sua determinação ou se teve, quem sabe achou por bem guardá-lo em sua biblioteca.

Será que a referida decisão, impediu mesmo o acesso ao livro, considerando que perfeitamente possível o acesso via internet, já que são inúmeros os recursos disponibilizados para tal fim, nos dias atuais.

É necessário fazer os julgadores entenderem que não são soberanos absolutos em face do processo, portanto, suas convicções pessoais em nenhum instante deverá sobrepor o direito, o qual possui soberania muito além do favoritismo do magistrado, os quais precisam entender que a autonomia do direito anda muito além das aspirações pessoais.

É necessário ultrapassar a figura do juiz solipsista a fim de que tais julgamentos e decisões sejam proferidas considerando a responsabilidade social e a política de suas decisões, com isso, concedendo completude ao direito, afinal, a Lei deve ser implementada do contrário não teria porque existir.

CONCLUSÃO

Em sede de apontamentos finais é imperativo a salientar que através do resgate dos modelos Estatais, observa-se a mudança no paradigma da atuação do magistrado. Tendo em vista as circunstancias no lapso histórico abriu-se um novo modelo de jurisdição com a preponderância do magistrado na figura mais elevada dentro do processo.

Com o racionalismo trouxe o magistrado como mero declarador da lei, retirando a possibilidade do arbítrio, com a finalidade da segurança judicial, defendendo que a função jurisdicional deveria estar alicerçada na reprodução do sentido da lei.

A partir do *Welfare State* que o juiz passa atuar como ativista junto ao processo, pelo qual se incube diante do papel social em que pese sobrepõe funções que a sociedade requisita do judiciário nas relações no enfrentamento de demandas.

Na modernidade e por conseguinte na atualidade o juiz em seu caráter decisório estandardizou como baliza suas premissas pessoais, havendo assim uma



fragilização do processo, com a prática de um solipsismo jurisdicional enraizado em nosso sistema, o que por sua vez distancia o processo de sua finalidade social nas demandas.

A problemática revela supervalorização da figura do juiz no exercício jurisdicional, onde o processo deixa de ser analisado com base em princípios e avaliação no caso concreto.

A hermenêutica proposta por Dworkin, atenta para que atividade jurisdicional se sobreponha ao decisório, que haja por sua vez um respeito a princípios que assentem o direito no ato da interpretação do magistrado. O passado tem seu valor para construção de uma interpretação contemporânea que realmente se adeque ao caso concreto e seu enfrentamento e possível resolução.

O trabalho do judiciário tão somente não deve se abster a análise de verossimilhança nos casos concretos na finalidade de garantir uma segurança jurídica, em face de uma sociedade dinâmica e interligada pela tecnologia nas relações sociais.

Em virtude da crise desse modelo que devemos pensar os rumos que o processo deve tomar para se adequar a realidade hodierna. Com o objetivo de possibilitar ao processo civil num Estado Democrático de Direito a adequação a interpretação hermenêutica, conseguindo assim superar o modelo de procedimento racionalista com a busca de respostas e verdades, e por fim o modelo solipsista que resguarda no magistrado por meio de suas experiências e ou concepções os ditames necessários para a formulação das decisões judiciais na atualidade.



REFERÊNCIAS

CONJUR. **Justiça do Rio proíbe livrarias de venderem livro ‘Minha Luta’ de Adolf Hitler.** Decisão judicial que proibiu a comercialização do livro autobiográfico de Adolf Hitler. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-03/justica-rio-proibe-librarias-vender-livro-adolf-hitler>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

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

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. **A refundação da jurisdição e as multidimensões da sustentabilidade.** In. Direitos emergentes na sociedade global: anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM. Organizador Jerônimo Tybusch ... [et al.]. Ijuí, RS: Unijuí, 2013 (p.49-74).

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo.** Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância:** Segundo tratado sobre o governo ; Ensaio acerca do entendimento humano. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. 344p.

MACHADO, Fábio Cardoso. **“Ação” e Ações:** sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/F%C3%A1bio%20Cardoso%20Machado%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2016.

MATTEUCCI, NICOLA. **Organización Del poder y libertad:** historia Del constitucionalismo moderno. Tradução para o espanhol de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Ed. Trotta, 1998.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica:** a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade. Curitiba. Juruá, 2010.

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



STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? Decido conforme minha consciência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2012.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira [et al]. **OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO PROCESSUAL CIVIL NO SÉCULO XXI.** In. Direitos emergentes na sociedade global: anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM. Organizador Jerônimo Tybusch ... [et al.]. Ijuí, RS: Unijuí, 2013 (p.75-119).