

NEOCONSTITUCIONALISMO E INSTRUMENTALIDADE PELA DOUTRINA DE LENIO STRECK

Daniela Olímpio de Oliveira

Advogada com especialização em Direito Processual Civil e em Direito Público. Mestranda pela Universidade Estácio de Sá (Área de Concentração: Direito Público e Evolução Social / Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça). Professora de Direito da Faculdade Estácio de Sá e Faculdades Doctum, Juiz de Fora /MG.

Resumo: A partir da doutrina de Lenio Streck, analisa-se a temática processualista acerca do protagonismo judicial, da instrumentalidade das formas e dos poderes instrutórios do juiz. Parte-se da correlação dos paradigmas *neoconstitucionalismo* e *neoprocessualismo* para desmistificar alguns dogmas relacionados à interpretação judicial e à supremacia do Judiciário. A idéia de instrumentalidade das formas merece ser submetida à validade constitucional, tendo na hermenêutica um autêntico limite da atividade jurisdicional.

Abstract: Parting from Lenio Streck's doctrine, an analysis of the proceduralist theme about the judicial protagonism, the form instrumentality and the judge's investigative powers is made. From the correlation of *neoconstitutionalist* and *neoproceduralist* paradigms, this paper aims to demystify some dogmas related to judicial interpretation and to the supremacy of the Judiciary. The idea of form instrumentality deserves to be submitted to constitutional validity, having in hermeneutics an authentic limit of the jurisdictional activity.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo. Neoprocessualismo. Instrumentalidade. Protagonismo. Lenio Streck.

Keywords: Neoconstitutionalism. Neoproceduralism. Instrumentality – Protagonism - Lenio Streck.

Sumário: 1. Introdução. 2. Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo e Hermenêutica 3. Protagonismo Judiciário no Estado Contemporâneo. 3.1. Poderes instrutórios do juiz, instrumentalidade e contraditório. 3.2. *Neutralidade* versus imparcialidade e o protagonismo judicial. 4. Conclusão. 5.Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO:

Como sabido, as Constituições passaram por significativas transformações relacionadas ao comprometimento do Estado com os direitos fundamentais, notadamente com a introdução de direitos sociais em seus textos, a exigir uma redefinição da atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Aqui, especialmente, cuida-se de analisar o papel do Poder Judiciário no cenário atual, no sentido de assegurar a exeqüibilidade da Constituição e do ordenamento jurídico.

A partir da configuração do Estado Social, a preocupação com o acesso à Justiça e com os contornos da atividade judicial mereceu destaque no cenário científico, tendo surgido um novo parâmetro de interpretação/aplicação constitucional, cunhado neoconstitucionalismo.

É de Lenio Streck o principal referencial teórico do presente trabalho, com o qual será considerado esse paradigma e especialmente sob a ótica processualista da instrumentalidade das formas. Parte-se da correlação das expressões *neoconstitucionalismo* e *neoprocessualismo* sob uma análise criteriosa que desmistifica alguns dogmas relacionados à interpretação e aplicação do direito.

Assim, em primeiro lugar será considerado o sentido das expressões neoconstitucionalismo e neoprocessualismo ao crivo da hermenêutica. Em seguida, será tratado o papel do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo e sua supremacia, considerando sua (i)legitimidade democrática. Inclusive, neste ponto, será sopesada a

premissa dos poderes instrutórios do juiz e da instrumentalidade formal como autênticos reforços ao ativismo judicial.

Ao final pretende-se demonstrar que a instrumentalidade deve ser submetida à validade constitucional, buscando na hermenêutica um autêntico limite da atividade jurisdicional.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO, NEOPROCESSUALISMO E HERMENÊUTICA:

A doutrina de Lenio Streck é fundamental para a compreensão racional do movimento que se cunhou chamar *neoconstitucional*. O autor faz uma análise das concepções e sinônimos atribuídos ao termo, possibilitando melhor discernimento.

Em sua obra *Verdade e Consenso*,¹ por especial, há elucidativa apresentação da sua teoria acerca do *constitucionalismo contemporâneo*, expressão preferida pelo autor em detrimento do termo *neoconstitucionalismo* em virtude das diversas aplicações desse nome para situações as mais variadas e, algumas vezes, equivocadas. São lembrados os sentidos já adotados pela doutrina pátria, como o de um *direito constitucional da efetividade*; o de um direito relativizado pela *ponderação de valores*; uma *concretização ad hoc da Constituição*; e mesmo de uma *constitucionalização do ordenamento* a partir de expressões como *neoprocessualismo* e *neopositivismo*;² tudo isso a remeter ao sistema que entende a jurisdição como a responsável pela identificação dos “verdadeiros valores” que determinam o direito justo.

A idéia sobre o *neoconstitucionalismo* tal qual apresentado representa uma contradição, na medida em que a realização do direito é confiada à loteria de um protagonismo judicial calcada na *filosofia da consciência*. A conquista constitucional da democracia e dos direitos fundamentais não comporta delegar ao juiz *solipsista* a tarefa de dizer (definir) o direito - sendo isso mesmo, tem-se um retorno ao passado!

¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

² Idem. p.36

No livro “*O que é isto - decido conforme a minha consciência?*”,³ o doutrinador destaca que, no âmbito do processo civil, muitas vezes, os postulados do *livre convencimento* e da *busca da verdade real* podem representar escudos que visam dar aparência de legitimidade à atuação judicial, mas que escondem, verdadeiramente, uma subjetividade *assujeitadora* do julgador, sendo grave ofensa ao princípio democrático. De se considerar, ainda, o uso irrestrito do aclamado *princípio* da proporcionalidade e a ponderação de valores, o que denuncia uma arbitrariedade rotineira, escondida por detrás de um fenômeno cunhado pelo autor de *panprincipiologismo* que permite uma proliferação desenfreada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, *muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional*.⁴

Cuidando de processo civil, tem-se a idéia de *neoprocessualismo* também fundado na lógica de protagonismo judicial, pela instrumentalidade das formas. Considerando que o processo é um meio para a realização plena do direito material e considerando que o juiz é quem realiza esse direito, tal condição pode ensejar um retorno à famigerada *Jurisprudência dos Conceitos*. Ou seja, no momento em que é colocada a *jurisdição* como epicentro do direito processual, são retomadas posturas próprias do movimento do *direito livre* que se encontra na base da chamada “*jurisprudência da valoração*”.⁵

Para Streck, falar verdadeiramente em *neoconstitucionalismo* significa ir além de concepções liberais, na direção de um constitucionalismo compromissório que possibilite a efetivação de um regime democrático.⁶ Essa lógica não importa, por outro lado, na desconsideração do Poder Judiciário. Na obra “*Jurisdição constitucional e hermenêutica*”,⁷ o autor é cauteloso em considerar o movimento histórico de democratização social que possibilitou a essa instituição alçar a condição de ator da *arena política*, especialmente pelo fato de as Constituições terem absorvidos textos que positivaram direitos fundamentais e sociais. Tal movimento possibilitou um contexto

³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.p.97

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...** p.50

⁵ Idem.

⁶ Id. Ibidem. p.36

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova critica do direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.148.

onde o acesso à justiça assumiu fundamental importância com o deslocamento da esfera de tensão dos procedimentos políticos para os procedimentos judiciais.

Certamente, a partir da positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário passou a assumir um papel de absoluta relevância na sua concretização, devendo, outrossim, ser também destacado, neste cenário, o que é reservado à *hermenêutica*. Neste sentido é que o governo dos juízes, próprio do movimento *neoconstitucional* merece ser refutado pelo fato já consagrado em sede da Filosofia, porém ainda mal compreendido pela comunidade jurídica acerca da virada ontológica que passou a *linguagem*.

Não é mais possível entender a *linguagem* como uma terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto; mas, sim, uma *condição de possibilidade*.⁸ Significa que o intérprete através dela não dá sentido às coisas; estas já possuem um sentido prévio, que foi dado pelas experiências anteriores, numa relação entre sujeitos (sujeito-sujeito). Assim, são desmistificadas as concepções tradicionais acerca da interpretação jurídica que insistem na idéia de que a hermenêutica pode ser cindida em momentos distintos.

Não se quer dizer que o problema da interpretação jurídica seja um problema meramente lingüístico (métodos de interpretação), de determinação das significações apenas textuais dos textos jurídicos. Trata-se, fundamentalmente, de compreender as condições de possibilidade de nosso próprio processo de compreensão.

Nesse sentido, Lenio Streck combate a tese de que o objeto da interpretação do Direito é *norma*. Para ele, o que está em jogo na interpretação do Direito é o *caso decidendo*. Isto é, “é evidente que não há só textos; o que há são normas. Mas também não há somente normas, porque nelas está contida a normatividade que abrange a realização concreta do Direito”.⁹

As teorias da argumentação têm uma tendência em colocar o enunciado como ponto de partida para o problema da linguagem e, por conseguinte, para a resolução dos problemas (lógicos) que povoam o universo jurídico. Lembra Streck que já em

⁸ A esse respeito, conferir STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e aplicatio jurídica**: a concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante. *Studia Juridica*, v. 1, Coimbra Editora, 2008. p. 1103-1155, 2008

⁹ Idem. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e aplicatio jurídica**...p.1108.

Heidegger se demonstrava ser equivocado pensar nas palavras como fonte de *essências de significado*, sendo o enunciado um modo *derivado da interpretação*. E mais:

... das significações brotam palavras; estas, porém, não são coisas dotadas de significados. Note-se: não são nas palavras que devemos buscar os significados do mundo (ou do direito, para ser mais específico), mas é para significar (o direito) que necessitamos de palavras. É para isso que as palavras servem: para dar significado às coisas! Para haver compreensão, basta que a articulação do significado dado às coisas (ou ao Direito) esteja provido de sentido. (...) Dito de outro modo: articulamos as palavras que temos disponíveis projetando sentidos a partir deste todo de significados. Ou seja, o discurso – que é o modo de manifestação da linguagem – é articulado sempre imerso nesta dimensão de (pré)compreensibilidade da significância.¹⁰

Os textos que integram o direito positivo já, de pronto, contêm a norma. Há um sentido que se antecipa, e apesar de *texto e norma* serem *coisas distintas*, não são *separadas, no sentido de que possam subsistir um sem o outro*. E é neste sentido que a *pré-compreensão* da significância não se confunde com *visão de mundo* ou *preconceitos*, elementos estes típicos de um *relativismo*. Quando se diz que “a norma é produto da interpretação do texto”, ou que o “intérprete atribui sentido ao texto”, não pode essa afirmação significar a possibilidade de discricionariedade judicial.

Há uma atenção especial ao tema da discricionariedade. Em “Hermenêutica judicial e(m) crise”,¹¹ Lenio Streck afirma que se trata de uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade em detrimento da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição.

No Brasil, a discricionariedade/arbitrariedade vem representando decisionismo judicial, algumas vezes exercido a partir de princípios que funcionam como “axiomas com força de lei”, desrespeitando mesmo o próprio texto constitucional, que sequer seus

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. Disponível em: <www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1766/1406>, Pesquisa realizada em 18 de dezembro de 2011.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p.312

limites semânticos são observados. Para Streck, no País, discricionariedade enseja duas situações típicas: a) primeiro, um modo de superar o modelo de direito formal-exegético; b) segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, uma fatalidade.¹²

Cautela na interpretação/aplicação do direito e auto-contenção do Judiciário é imperativo do Constitucionalismo Contemporâneo, que representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, e que se dá, de acordo com o autor, em dois níveis:

no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá: a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos).¹³

O marco teórico aqui esboçado reflete um movimento que não implica numa ruptura, mas uma continuidade do processo histórico no qual “se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania”.¹⁴ A redefinição da estrutura do Estado, a partir da jusfundamentalidade dos direitos sociais, a colocar o Poder Judiciário num certo protagonismo decorrente do aumento de sua atividade funcional, deve estar limitada pela própria ordem normativa preestabelecida pela Constituição.

Pela abertura a novos centros de decisão, inclusive fora da estrutura do Estado, a se considerar as forças sociais de expressão, identifica-se também um fortalecimento do elemento cidadania a possibilitar mais intensa interação do administrado com os centros de poder instituídos, o que exige melhores resultados, tais quais previstos na ordem constitucional.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...** p.43.

¹³ Idem. p.37.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...** p.37.

Nestes termos, o processo de interpretação, pautado na *onipresença* da Constituição, e considerando o lugar da *linguagem* e a precedência da normatividade, possibilita revitalização do Poder Judiciário na medida em que legitima sua atuação, principalmente pela autocontenção.

3. PROTAGONISMO JUDICIÁRIO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO:

A idéia de protagonismo judiciário surge com a remodelagem constitucional que buscou inserir normas de cunho social em seus textos, além de adotar cada vez mais a estrutura principiológica em seus comandos. O Judiciário passou a ator principal no palco da garantia de efetividade das normas constitucionais, surgindo a judicialização da política. Como ressaltado anteriormente por Lenio Streck, esse papel é mesmo fundamental - o que não reflete, por outro lado, em muitas vezes, cautela por parte do órgão julgador na auto-contenção de sua atuação, a transformar essa judicialização em ativismo.

Por sinal, a lógica da separação de Poderes, desde sua idealização, já considerava a coordenação dinâmica entre as funções estatais, o que gerou certa oscilação de supremacia no poder, de início destaque para o Poder Legislativo. Valentin Thury Cornejo¹⁵ que cita John Locke lembra que esta superioridade do legislativo era justificada como derivação da própria ordenação política do órgão, investido diretamente do consenso dos indivíduos - *o monarca estaria obrigado pelas leis promulgadas pelo parlamento e nesse sentido o parlamento é supremo*.

Com a assunção de valores sociais a exigir prestações positivas por parte do Estado, passa-se à concepção da estrutura estatal como uma instituição indispensável para assegurar direitos fundamentais na sociedade civil. Soma-se a isso, destaca Eduardo Cambi¹⁶, o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação

¹⁵ CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y Division de Poderes Hoy**. Buenos Aires, Madrid: Ciudad Argentina, 2002. p.30. Segundo o pesquisador relata, isso não significava para Locke um poder absoluto, já que essas leis deveriam ser promulgadas de acordo com a *lei natural* e com as próprias regras da legislatura.

¹⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

constitucional. Neste contexto, se no Estado Liberal o Judiciário era caracterizado pela sua *neutralização* política, no Estado de Bem-Estar Social a explosão de litigiosidade, marcada pela busca de efetivação dos direitos fundamentais sociais, amplia a visibilidade social e a política da magistratura.¹⁷

Com efeito, diante do formato de Estado Democrático de Direito, com a crescente centralização do Poder Judiciário, destaca-se que a interação entre todos os poderes, confrontando seus limites, bem ainda com os acréscimos da participação dos poderes sociais hoje institucionalizados, constitui ponto fulcral da *harmonia* que deve se estabelecer na separação de poderes, consagrando ainda sua finalidade maior de assegurar liberdades individuais e direitos sociais.

Assim, lembra Cornejo que o crescimento da função jurisdicional na organização estatal pode ser ainda relacionado ao homem contemporâneo e ao mundo atual, complexo e globalizado, o que dificulta a formulação de leis de caráter geral e imutável. Por conseguinte, observa-se o abandono do ideal de um mundo normativo que enquadra e prevê todas as situações sociais. E o juiz se vê obrigado a julgar sobre elementos crescentemente subjetivos com normas de conteúdo aberto no momento de sua formulação e que ele deve concretizar. Isso, segundo o autor, gera profundas mutações na estrutura temporal do direito e, por conseguinte, na noção de segurança jurídica, devido à dificuldade de se encontrar referenciais *externos* e *a priori*, próprios da atividade legislativa. Essa determinação da norma se faz agora *a posteriori* através da atividade jurisdicional.

*Ante la falta de certezas normativas, tanto jurídicas como morales o científicas, la justicia se concibe como el lugar de encuentro de los distintos saberes; no se asimila ya a un saber, el derecho, sino a la conjunción de diferentes saberes en un punto de vista superior y recapitulador.*¹⁸

Afirma-se, com isso, que no novo esquema o Direito não perde sua função simbólica como elemento aglutinante e racionalizador, não obstante agora existir uma

¹⁷ Idem, p.178.

¹⁸ CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y Division de Poderes Hoy...** p.238.

mudança de foco, da *Lei* para a *Constituição* e do *Parlamento* para o *Juiz*. E ainda, a própria transformação estrutural do Direito e a convergência dos planos jurídico, social e político fazem com que a atuação do Estado se torne difusa, surgindo, segundo Cornejo, a dificuldade epistemológica de separação entre os poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e Judiciário, de outro. Por consequência, a exclusão judicial de temas políticos também se vê superada. O juiz passa a deter a *chave* para as questões inerentes ao próprio sistema, ou seja, “*decir qué es lo jurídico y delimitar así su próprio ámbito de actuación y el de los restantes poderes*”.¹⁹

A esse protagonismo deve-se dar a devida medida. A atuação do Judiciário tornou-se mais presente em relação aos temas políticos. O acesso à Justiça também proporcionou melhores resultados em lides sociais. Não, porém, vincula-se o sentido deste protagonismo a uma idéia de loteria de decisões baseada na *filosofia da consciência* como sempre deixou alerta Lenio Streck. Pelo contrário, em Estado de Direito, à idéia de poder está sempre ligada uma de dever, dentre os quais se destaca o da fundamentação das decisões.

A função jurisdicional como hoje é apresentada configura o contrapoder da função legislativa. Para identificar o sentido de contrapoder, Nuno Piçarra²⁰ destaca que este está ligado à condição de os centros de poder relacionados possuírem características diferenciadoras capazes de processar esse controle recíproco. Porém, no caso da interação entre Judiciário e Legislativo, estas características não decorrem do fato de cada um deles representar forças divergentes, mas, sim, por exercerem funções material e teleologicamente diferentes, entre as quais identifica-se particular tensão. Neste novo contexto, surge um *Estado de jurisdição executor da constituição*, em que o Poder Legislativo é limitado por um poder judicial que não dispõe da mesma legitimidade democrática que o primeiro.²¹ Esta posição de destaque para o Judiciário encontra, portanto, sua base no próprio sistema político, inclusive, pela incapacidade representativa deste para solucionar as questões sociais.

Importante a ressalva de Lenio Streck, segundo o qual há uma diferença fulcral entre *ativismo* e *judicialização*: no primeiro, ocorre a substituição dos juízos políticos,

¹⁹ Idem, p.266.

²⁰ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora Limitada, 1989.

²¹ Idem., p.260.

morais etc., pelo juiz, circunstância que fragiliza o direito, sendo negativa em certo nível; quanto à judicialização, esta é contingencial; é inexorável que ocorra, dadas as características de nossa Constituição, nosso ordenamento e a complexidade social.²² A distinção é pertinente, na medida em que avaliza a atividade jurisdicional em cenário alheio.

Em especial, se se considerar o déficit democrático próprio do Poder Judiciário, o seu protagonismo merece ser compreendido por outros fundamentos. O Estado de Direito fez-se *Estado Democrático de Direito*, tornando-se imperioso submeter as direções e decisões do sistema jurídico e político ao crivo da *legitimidade*. E se a separação de poderes parte da máxima da *legalidade* e do *equilíbrio*, importa condicionar todo exame de legitimidade funcional ao modelo constitucional de decisão política.

Cumprе ressaltar, em primeiro lugar, que a atividade jurisdicional muitas vezes é justificada pela contenção do próprio espaço democrático com vistas à proteção de algum mínimo ético na proteção do próprio sistema político. Neste sentido, na preservação de um procedimento democrático guiado por valores fundamentais pré-ordenados constitucionalmente, como a *dignidade da pessoa humana* ou a *autonomia política dos entes da federação*, por exemplo, permite-se retirar certas decisões do processo político, colocando os direitos acima das decisões da maioria.

Dito de outro modo, e de acordo com Streck, a concepção *procedimentalista* não pode prescindir de juízos de *substância*: as inadequações das leis só podem ser resolvidas pela tarefa criativa dos juízes, e os indivíduos encarregados de conduzir os processos democráticos necessitam de um espírito crítico de compreender a complexidade da própria democracia, sob pena de, a partir de uma formação dogmática e autoritária, construir a antítese do processo democrático.²³ Streck relembra Cappelletti que leciona que o procedimento deve completar-se com uma teoria dos direitos e valores substantivos; e o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direitos no processo judicial.

²² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto...** p.105, nota de rodapé.

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdicção constitucional e hermenêutica...** p.152.

No entanto, Streck constata que, neste ponto, há um *dilema brasileiro*. Não endossamos a tese substancialista, porque, de um lado, o Judiciário encontra-se despreparado para o enfrentamento dos problemas surgidos a partir do Estado Democrático de Direito da Constituição de 1988; e por outro lado, em face da democracia delegativa que vivemos, também não se tem a garantia do acesso à produção democrática das leis e dos procedimentos que apontam para o exercício dos direitos previstos na Constituição.²⁴

E neste processo, o protagonismo judicial terá legitimidade especialmente a partir do *dever de motivação* de suas decisões, sendo considerado como “obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e aplicá-lo coerentemente”.²⁵ Necessária a *fundamentação da fundamentação*, o que representa uma absoluta aplicação do art. 93, IX, da Constituição.

Em termos processuais, observa Streck que cada vez mais se institucionaliza um tipo de “fundamentação” em que os enunciados performativos *se bastam*, algo como: “decido conforme a Súmula X” ou “decido conforme decidi anteriormente...”.²⁶ Ainda de acordo com o autor, uma decisão mal fundamentada não deveria ser sanada por embargos de declaração, visto que sequer deveria coexistir com o sistema constitucional. Haveria, nestes casos, uma inconstitucionalidade *ab ovo*! Sendo instrumento de proteção da própria ordem constitucional, a ausência de motivação das decisões deve ser tratada como nulidade e, portanto, inconstitucional.

Também de grande relevância para legitimidade da atividade judicial é a observância das demais garantias constitucionais que dizem respeito ao *justo processo* (v.g., juiz natural, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, vedação de provas ilícitas etc.).

A observância de tais garantias estruturais contribui mesmo para o equilíbrio entre os poderes, de forma a relacionarem-se harmonicamente. E mais ainda, o Judiciário tornando-se palco de debate acerca das questões constitucionais e, portanto, do Estado, promovendo o acesso à ordem jurídica justa, é, pois, o propiciar da própria

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:...** p.190.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** ... p.101.

²⁶ Idem. p.105.

democracia, desde que sem exclusão de outras competências e nos limites estabelecidos pela hermenêutica.

Em artigo sobre uma mudança de posição do Superior Tribunal de Justiça em tema de prescrição penal, aponta Lenio Streck que:

as mudanças precisam ser fundamentadas em vetores de racionalidade que, de fato, legitimem o novo posicionamento ‘no’ e ‘pelo’ sistema. Isso significa dizer que, embora o Superior Tribunal de Justiça possa mudar sua linha jurisprudencial, a mudança não depende apenas da Corte e de seus Juízes. Não se trata de uma *Wille zur Macht* (vontade de poder).²⁷

Neste artigo, Lenio relaciona algumas diretrizes que a Corte deve levar em conta ao realizar considerável mudança de posicionamento. E aponta, por exemplo, a necessidade de a comunidade jurídica brasileira ter precedido em estudos que apontasse um novo caminho e, fundamentalmente, que haja significativa motivação da decisão.

É neste sentido que a definição de limites para a atuação de concretizar a Constituição protagonizada pelo Judiciário deve ser estabelecida. A defesa da supremacia do Judiciário pode resultar na criação de um novo *Leviatã*, ou um *superpoder*, suscetível de abusos e de desvios, o que, nas palavras de Eduardo Cambi, redundaria no *monismo do poder*²⁸, comprometendo o princípio da separação dos poderes que, ao lado dos direitos fundamentais, também compõem o núcleo essencial da Constituição.

No mesmo sentido, a doutrina magistral de Lenio Streck ressalva a defesa do Judiciário, Cortes e Juízes brasileiros, como órgãos imprescindíveis à efetividade Constitucional, na defesa da autonomia do direito em detrimento dos sistemas políticos e econômicos. O bom combate é contra o *decisionismo judicial*, com os limites da

²⁷ STRECK, Lenio, CARNEIRO, Wálber Araújo. *STJ não pode mudar prazo de prescrição da pena*. In: **Conjur**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2011-jan-24/stj-nao-mudar-contagem-prazo-prescricao-pena> > . Pesquisa realizada em 10 de maio de 2012.

²⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário...p.201.

atuação jurisdicional, pois “se o Judiciário não julga conforme o direito, mas conforme a (livre) consciência de seus membros, não há democracia!”.²⁹

3.1. Poderes instrutórios do juiz, instrumentalidade e contraditório:

A expressão *instrumentalidade do processo* foi identificada por Cândido Rangel Dinamarco³⁰ que, embora reconhecendo o valor dos chamados princípios da demanda e dispositivo, os considerou insuficientes “para infirmar as tendências que advêm da ligação do sistema processual com os fins do Estado”. O processo deve corresponder a instrumento de concretização dos objetivos do Estado e, neste ponto, o princípio do dispositivo, por si só, não atende esse propósito.

José Roberto dos Santos Bedaque destaca que, se assim o é, as normas devem ser aplicadas corretamente, sendo essa a finalidade básica da jurisdição, como função estatal. Neste ponto, encontra-se a *instrumentalidade*, ou seja, quanto mais o resultado da atividade jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da pacificação social. E assim sendo, não se pode aceitar que o juiz, por submissão a dogmas superados, aplique normas de direito substancial a fatos não suficientemente demonstrados, se ele tiver condições de, mediante iniciativa instrutória, contribuir para a formação do conjunto probatório. Ou seja,

...para quem considera a jurisdição atividade destinada a eliminar as crises de direito material com justiça, mediante atuação das regras do ordenamento jurídico, não pode aceitar o domínio das partes sobre o instrumento pelo qual ela atua.³¹

Importante que se diga que a instrumentalidade do processo tal qual apresentada aqui não é em si o objeto de crítica de Lenio Streck que combate o decisionismo. O autor alerta para os escapismos que os escopos processuais podem ensejar. A confusão

²⁹ STRECK, Lenio, CARNEIRO, Wálber Araújo. Ob. Cit..

³⁰ *Apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. .5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.14

³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz** ... p.10

de ordem prática feita entre instrumentalidade e discricionariedade judicial. Hoje, com a proposta do novo Código de Processo Civil, fala-se em *adaptabilidade* dos procedimentos. E a semântica é perigosa a propiciar ainda mais a discricionariedade.

Na esteira da proposta no novo Código de Processo Civil brasileiro (Projeto de Lei 08046-2010/Câmara dos Deputados), rezam os seus artigos 107, V, e 151, §1º:

Art.107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(...)

V – *adequar* as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa.

Art. 151, §1º. Quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário *ajuste*.

(grifo nosso)

Observa-se no anteprojeto do novo CPC uma delegação ao magistrado de um poder de *adaptar* o procedimento às especificações de cada litígio, para fins de possibilitar maior *efetividade* à tutela jurisdicional. Essa tem sido, segundo Lenio Streck, a arriscada aposta do Legislativo no protagonismo judicial³². Cunhou-se esse poder de *princípio da adaptabilidade*. E muito se tem discutido, desde então, sobre o alcance desse princípio a resvalar no campo de atuação dos outros poderes³³.

A lógica da adaptabilidade, num primeiro momento, pode parecer arbitrariedade, a ensejar um *absolutismo judicial*, retomando a idéia de *poder moderador*, próprio do

³² STRECK, Lenio. *O impasse na interpretação do artigo 396 do CPP*. In: Conjur. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-set-18/impasse_interpretacao_artigo_396_cpp> Consulta realizada em 10 de maio de 2012.

³³ Veja-se a esse respeito, FUX, Luiz (org.) **O novo processo civil brasileiro**: direito em expectativa. Reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. No capítulo escrito por Bruno Vinícius da Rós Bodart (“*Simplificação e Adaptabilidade no Anteprojeto do Novo CPC Brasileiro*”), encontra-se o trecho: “Devido ao fenômeno do neoconstitucionalismo, a realização da justiça material, como escopo o processo, traz hodiernamente maior importância à adaptabilidade do procedimento. Tal ideologia põe em segundo plano o objetivo da limitação do poder estatal (...) enquanto põe em primeiro plano o objetivo de garantir os direitos fundamentais.” (p.74)

império, agora no centro o órgão judicial. Mas, sabe-se, dosar a medida exata não parece ser a tarefa do juiz, que julga lides e não a atividade legal.

Por outro lado, trata-se de delegação. Como percebeu Gustavo Quintanilha Telles de Menezes³⁴:

Representam as cláusulas abertas processuais a delegação feita pelo legislador ao magistrado, implicando a substituição, ainda que parcial, da *técnica legislativa* pela *técnica judicial*, consolidada pela experiência, doutrina e jurisprudência.

E a técnica judicial está entre a *forma* e a *substância* do ato, restando ao magistrado a tarefa de equilibrar esses dois pesos do direito e da justiça, principalmente para prevenir abusos das partes do processo.

A atuação do juiz não significa que o escopo do processo venha ser a busca pela *verdade*. A finalidade primordial é a realização da jurisdição pela aplicação do direito ao caso concreto, com a conseqüente eliminação das controvérsias e a pacificação social. O princípio da verdade real também se esconde, em muitas ocasiões, como um escopo processual que justifica a majestade do juiz.

Lenio Streck é bastante perspicaz ao enfrentar o tema. O sistema publicístico que visa conferir legitimidade à pro-atividade judicial está umbilicalmente ligado à constatação do ativismo desregrado ou “solipsismo processualístico”, baseado na figura do juiz como um “porta-voz do sentimento jurídico do povo”, com poderes para criar direito mesmo *contra legem*, tese que, segundo o autor viabilizou a Escola do Direito Livre³⁵.

O resultado do processo, ressalva Bedaque, será mais fidedigno quando melhor for a correspondência entre a reconstrução da matéria fática realizada no processo e a realidade verificada no plano substancial. Mas o pautar judicial é o Direito, sempre, e não a livre consciência do julgador ou a verdade real, que não é jurídica/objetiva.

³⁴ MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A atuação do juiz na direção do processo*. In: **O novo processo civil brasileiro**: direito em expectativa. Reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Luiz Fux (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.196.

³⁵ STRECK, Lenio. *O impasse na interpretação do artigo 396 do CPP*. In: Conjur. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-set-18/impasse_interpretacao_artigo_396_cpp> Consulta realizada em 10 de maio de 2012

Em caso de omissão da parte a quem competia a providência, deve o magistrado valer-se dos demais elementos constantes dos autos para formar sua convicção ou mesmo determinar a produção de outras provas. Tudo isso com base no próprio entendimento de que o acesso efetivo à prova é direito fundamental, compreendido nas idéias de acesso à Justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art.5º, XXXV, LIV e LV da CF/88).³⁶ Mais uma vez, o destaque é para a não discricionariedade judicial.

Bedaque assim como Lenio, também enfatiza que esse poder mais amplo do juiz não significa discricionariedade por mais abertos e vagos que sejam os tipos legais. Existem certos requisitos a serem atendidos cuja ocorrência no caso concreto deve ser aferida pelo julgador, que fundamentará sua decisão.³⁷ A discricionariedade judicial, por seu turno, importa em desrespeito ao sistema normativo, independente do tipo legal ser fechado ou aberto. Obviamente, as aberturas, entendidas por vezes como “brechas” que a lei deixa escapar, podem, em certa medida, facilitar os abusos. Mas não há correspondência direta e imediata entre o modelo legal e o abuso judicial.

Discorda-se de Bedaque apenas quando afirma que a interpretação da lei consiste na busca da solução desejada pelo legislador, sendo que entre todas as soluções tecnicamente possíveis, cabe ao juiz escolher aquela que, em seu entender, representa a vontade da lei no caso concreto.³⁸ Retoma-se o que já foi aqui considerado acerca da atividade jurisdicional de interpretação, reafirmando-se a normatividade intrínseca no caso *decidendo* como fonte orientadora da aplicação da lei. Já é consabido não ser precisa a *vontade do legislador*. A decisão não deve se basear em escapismos que possam ensejar solipsismo judicial.

Importante, neste ponto, a leitura que Streck faz de processualistas clássicos, sendo de se citar, com a devida *venia*:

Essa aposta solipsista está sustentada no paradigma representacional, que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida em *Chiovenda*, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz

³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz** p.26

³⁷ Idem. p.159

³⁸ Idem. Ibidem.

afirma ser a vontade concreta da lei; em *Carnelutti*, de cuja obra se depreende que a jurisdição é “prover”, “fazer o que seja necessário”; também em *Couture*, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, chega a dizer que “o problema da escolha do juiz é, em definitivo, o problema da justiça”; em *Liebman*, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei; já no Brasil, afora a doutrina que atravessou o século XX (v.g., de Carlos Maximiliano a Paulo Dourado de Gusmão), tais questões estão presentes na concepção instrumentalista do processo, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, mesmo que não contidas no direito legislado, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da “boa escolha dos juízes” e, conseqüentemente, de seu (“sadio”) protagonismo.³⁹

Em estudo analítico sobre a atuação do juiz na direção do processo, importante destacar que Gustavo Quintanilha Telles de Menezes leciona o que seriam as cinco espécies de poderes do juiz:

1) o poder de admitir, ou inadmitir a demanda, iniciando ou não o processo; 2) o poder de adequar o procedimento, estabelecendo como será o curso processual; 3) o poder de estruturar o acervo probatório, deferindo e indeferindo provas, fiscalizando sua produção e determinando-a de ofício, quando necessário; 4) o poder de julgar os pedidos e extinguir o processo inapto a prosseguir; 5) o poder de coerção, que concretiza a decisão judicial pelo exercício da força do Estado, no caso de recalcitrância de quem deva cumpri-la.⁴⁰

³⁹ STRECK, Lenio. *O impasse na interpretação do artigo 396 do CPP*. In: *Conjur*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-set-18/impasse_interpretacao_artigo_396_cpp> Consulta realizada em 10 de maio de 2012

⁴⁰ MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A atuação do juiz na direção do processo...* p.198.

Em relação ao poder de *adequação*, destaque para a proposta do novo Código Processo Civil (artigo 107, V) em vistas às fases e atos processuais em sintonia com as especificações do conflito. Não é, no entanto, uma completa novidade, posto que o sistema processual vigente já permite certa flexibilização no procedimento. Cita-se a limitação de litisconsórcio facultativo; a designação de audiência de justificação; a determinação de prazo para citação por edital; a definição de datas e horários para audiências; a transformação do rito sumário em ordinário; dentre outros⁴¹. A maior preocupação talvez seja mesmo o peso que a carga semântica do mais esse *princípio da adaptabilidade* possa trazer para a intensificação do ativismo judicial.

A mal interpretada ideologia neoconstitucionalista avança em defesa daquilo que Lenio Streck apelida de pan-principiologismo. No texto escrito pelo autor intitulado “Aplicar a ‘letra da lei’ é uma atitude positivista?”⁴², a observação de Lenio é em relação ao juiz que faz observar a lei em detrimento do que *supera* a normatividade pela principiologia. E arremata que “cumprir a letra [sic] da lei significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável”. O que se observa, portanto, é quanto nocivo ao sistema democrático pode ser o nascimento de um princípio que possa vir a ser usado para o descumprimento da lei/regra.

Ainda que bem delimitado o escopo dessa *adaptabilidade processual* pelo projeto do novo Código de Processo Civil, defender o nascimento de um princípio a cada novo artigo ou nova proposta legislativa pode significar já a válvula de escape desse movimento de reforma a fortalecer o próprio ativismo judicial.

Nesse sentido, reforça Gustavo Quintanilha Telles de Menezes que qualquer que seja a adaptação deliberada pelo magistrado, o dever de motivação é imperativo, como *ônus argumentativo* que surge ao tomar caminho excepcional, não previsto originariamente⁴³.

Por tudo isso, um sistema em que o juiz dispõe de poderes instrutórios não implica necessariamente qualquer autoritarismo processual, se observados os rigores constitucionais de validação do justo processo. Leonardo Greco, em estudo sobre a

⁴¹ Exemplos estes encontrados em MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A atuação do juiz na direção do processo*.... p.200.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?*. Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em 05 de agosto de 2011.

⁴³ Idem. p.201.

atividade de direção em confronto com o princípio do dispositivo, reafirma a necessidade de coordenação das atividades do juiz e das partes, destacando que a liberdade destas em dispor dos seus interesses não pode forçar o juiz a aceitar como verdadeiros fatos absolutamente inverossímeis.

Sustenta ele que o argumento de que a justiça é relativa, usado por alguns liberais, serve bem ao autoritarismo. E que esta relatividade da idéia de justiça torna o direito inútil, “porque é este que nos dá as noções de certo e de errado nas relações sociais”. Neste sentido, há parâmetros processuais constitucionais a serem respeitados na aplicação do direito material e o juiz é o ator habilitado à sua promoção e seus poderes instrutórios serão admitidos, desde que:

...respeitada a liberdade das partes de dispor dos seus próprios interesses, a sua dignidade humana e a de quaisquer outras pessoas, e desde que não seja preconceituosa e destinada tendenciosamente a demonstrar apenas uma determinada verdade.⁴⁴

Com efeito, os poderes instrutórios do juiz encontram limites. A não resvalar num solipsismo judicial devem ser consideradas restrições. Bedaque destaca algumas, relacionadas aos elementos objetivos da demanda⁴⁵:

- i) a sentença deve ater-se ao pedido e à causa de pedir⁴⁶;
- ii) a produção da prova deve ser aferida pelos elementos dos autos; e
- iii) a submissão da providência ao contraditório e a fundamentação do ato judicial que a determina.

⁴⁴ GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”, In: **Revista de Processo**, ano 33, nº 164, outubro de 2008, São Paulo:Ed. Revista dos Tribunais, p.45.

⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz** p.62.

⁴⁶ Há no Brasil quem entenda que o juiz pode variar a qualificação jurídica dos fatos, desde que ele não altere os próprios fatos que o autor apresentou e, portanto, que aqui se aplique o *jura novit curia* (Barbosa Moreira e Luiz Fux). Para Leonardo Greco não cabe ao juiz atribuir aos fatos qualificação diversa daquela dada pelo autor. Para ele, a afirmação de que o juiz conhece o direito e o aplica de ofício aos fatos, tais como relatados pelo autor, se refere apenas à indicação dos dispositivos legais apontados pelo demandante e não à espécie de relação jurídica de direito material por ele invocada como sustentação do seu pedido. Veja GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: introdução ao direito processual civil. Vol.1. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.203-204.

Uma observação em relação ao contraditório. Entende-se que os poderes instrutórios do juiz se encontram em zona de sensível tensão com a garantia do *juiz natural*, e seu desdobramento subjetivo da *imparcialidade dos julgamentos*. Com efeito, para que não configure afronta ao mandamento constitucional do devido processo legal, por *parcialidade* das decisões, a iniciativa probatória do magistrado deve ser submetida ao crivo do contraditório.

Ensina Dinamarco⁴⁷ que garantir a imparcialidade nos julgamentos mediante o estabelecimento do *juiz natural* significa assegurar a impessoalidade no exercício do poder estatal pelos juízes, agentes públicos que não devem atuar segundo seus próprios interesses, mas para a obtenção dos fins do próprio Estado. Destaca o autor que, hoje, o contraditório participativo e o diálogo humano que dele deve resultar exigem uma atuação maior do juiz, a par da imparcialidade.

O princípio contraditório (art. 5º, inc.LV, CF) significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Significa também que “o próprio juiz deve *participar* da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório”.⁴⁸

Neste caso, a garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz como imperativo de sua função no processo, não sendo mera faculdade – vez que a lei impõe ao julgador, entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente.

Neste sentido parece caminhar a proposta do novo Código de Processo Civil brasileiro (Projeto de Lei da Câmara de Deputados n. 08046, de 2010). Nele, em seu artigo 10, há uma previsão de que o juiz, ao decidir matérias cognoscíveis de ofício, deverá ouvir as partes, promovendo, assim, o contraditório.⁴⁹

Mais uma vez, observa-se que a par da legitimidade dos poderes instrutórios do juiz, a abranger, inclusive, o conhecimento *ex officio* das provas e questões de direito,

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, Vol. 1, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, Capítulo VII – os fundamentos constitucionais: princípios e garantias do processo civil, p 194.

⁴⁸ Idem, p 214

⁴⁹ Artigo 10, PL 08046/2010 – “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”.

vêm os princípios derivados do devido processo legal, em especial aqui o contraditório, a conferir parâmetros de validação constitucional para a atividade jurisdicional.

E novamente ressalte-se, o perigo está em revolver-se ao governo de juízes, o que representa apenas uma *troca de paradigmas* conforme observou Lenio Streck. Ou seja, se antes o jurista era “assujeitado à lei”, num período de positivismo exegético, agora o sujeito tende a se transformar no “senhor dos sentidos”. A questão do *instrumentalismo das formas* deve ser sopesada de forma a evitar protagonismo desmedido do judiciário, o que seria como “se o direito e tudo o que ele representa em termos institucionais, históricos e factuais dependesse da sua utilização como um objeto, um instrumento, algo manipulável pelo intérprete”⁵⁰.

Preservar o Direito deve ser antes de tudo a tarefa judiciária. O Direito, que requer adaptação, certamente, mas não cabendo ao órgão judicial tomar a *adaptabilidade* como sua bandeira.

3.3. Neutralidade versus imparcialidade e o protagonismo judicial:

A aplicação do direito deve ser tomada por um juiz imparcial e esse será o principal cuidado com a doutrina dos *poderes instrutórios*. Mais uma vez é de Cândido Dinamarco a ressalva de que a Constituição não tem como ofertar uma formal garantia de que os juízes serão imparciais, de forma que a Lei Maior busca estabelecer melhores condições possíveis para o exercício reto da função, “minimizando-se quanto se possa os riscos de comportamentos parciais”⁵¹.

Já o Código de Processo Civil apresenta alguns parâmetros, o que reforça a segurança. Dentre eles, têm-se os institutos do *impedimento e suspeição* do juiz (CPC, arts.134-135). Estes instrumentos estão calcados na lógica pela qual o juiz se abstém de officiar em dado processo ou pode ser recusado pela parte.

Outro obstáculo à parcialidade seria o sub-princípio da *demanda*, que reduz o juiz à inércia até que haja a iniciativa de parte para a formação de um processo (CPC, arts. 2º e 262).

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** ... p.108.

⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**... pp. 201-202

Não se pode confundir, por outro lado, *imparcialidade* com *neutralidade* do juiz. Essa última não condiz com o bom desenvolver da jurisdição. O mito da neutralidade, conforme salienta Fredie Didier Jr.⁵², funda-se na idéia de i) possibilidade de o juiz ser desprovido de *vontade inconsciente*; ii) no processo prevalecer o interesse das partes e não o interesse geral de administração da justiça; iii) que o juiz nada tem a ver com o resultado da instrução. Não é bem assim, portanto.

O órgão julgador tem de ser terceiro e desinteressado. Porém, a neutralidade é absolutamente impossível, pelo que, reforça Alexandre Câmara, o juiz, pessoa humana que é, exerce seu ofício embasado em razão e emoção, o que envolve premissas de índole ideológica, cultural, econômica, religiosa etc.⁵³ O juiz não será neutro posto ser humano que é, com suas preferências, preconceitos, culturas etc. Já a sua imparcialidade é analisada objetivamente, sendo, portanto, premissa procedimental. Ainda que considerada um elemento subjetivo do princípio do juiz natural, a imparcialidade é verificada a partir dos parâmetros dados pela legislação.

Em relação à dicotomia neutralidade/imparcialidade, especificamente sobre a atuação do juiz em relação ao tema *provas*, Barbosa Moreira realizou consagrado estudo, refutando as objeções doutrinárias acerca da possível ofensa ao princípio da imparcialidade quando o juiz toma iniciativas probatórias. Lembra o doutrinador que há certos tipos de processos, como o processo penal, em que a atividade instrutória *ex officio* por parte do juiz, é bem valorada, não sendo arranhada a imparcialidade. Para Barbosa Moreira, “tudo gira também aqui em torno de um equívoco, o conceito de parcialidade ou de neutralidade.” Sobre a *imparcialidade*, arremata ele:

ao juiz não deve importar que vença o litígio, que saia vitorioso, o indivíduo ‘X’ ou o indivíduo ‘Y’, considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão. A este ângulo, não há neutralidade possível.⁵⁴

⁵² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. vol.1, 11.ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p.69.

⁵³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 20.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.p. 48.

⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Juiz e a Prova. **Revista de Processo**, n. 35, ano IX, p. 178-184, abr-jun 1984. Material da 2ª aula da disciplina Prova, Sentença e Coisa Julgada, ministrada no curso de

O grande risco desta batalha contra a neutralidade é desencadear a discricionariedade judicial. Deve-se percebê-las como elementos distintos. A discricionariedade transforma juízes em legisladores⁵⁵. A cautela na distinção entre tais fenômenos deve prevalecer na interpretação jurisdicional para não ocasionar solipsismos.

Desde que o juiz não rompa seus limites de competência recaindo em ativismo desmedido, a sua iniciativa instrutória será considerada até mesmo uma face do próprio Estado de Direito, pois que ferramenta do devido processo legal.

E aqui se compreende o princípio da *adaptabilidade*, do procedimento ao caso *decidendo*, e não, da função legislativa à judicial.

Uma boa orientação para prevenir situações desmedida é encontrada em Lenio Streck. Segundo ele, o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial deve buscar nas teorias do direito e da Constituição sua prevenção, pois que preocupadas com a democracia e com a concretização dos direitos fundamentais-sociais. Assim, a observância de um conjunto de princípios que tenham nitidamente a função de estabelecer padrões hermenêuticos deve prevalecer na atuação jurisdicional com o fim de:

- i) preservar a autonomia do direito; ii) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional (*ratio final*, a imposição de limites às decisões judiciais – o problema da discricionariedade); iii) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; iv) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; v) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir

pós-graduação lato sensu televirtual em Direito Processual Civil – IBDP e Anhanguera-UNIDERP|REDE LFG.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** ... p.88. Observa-se um exemplo interessante em José Roberto dos Santos BEDAQUE (*“Poderes Instrutórios do Juiz”*), que já na epígrafe de sua obra anuncia uma opção epistemológica: “entre uma boa legislação e um bom juiz é melhor optar pelo segundo”, o que denuncia ser latente a zona de tensão entre as atividades estatais.

da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.⁵⁶

Neste sentido, se o abuso neoconstitucionalista representa deturpação do equilíbrio entre os Poderes, anulando a atividade legislativa com o movimento ativista judicial; e bem assim, o movimento neoprocessualista tende a reafirmar esse status a partir do desvio da ideologia publicista pela defesa dos poderes instrutórios do juiz; um contraponto de destaque pelo equilíbrio democrático passa a ser a própria normatividade constitucional e a adoção da processualidade justa em todos os níveis de atuação estatal.

4. CONCLUSÃO:

Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo são termos que se propõem a um novo modo de aplicar o direito. Equívocos são cometidos a partir dessa promessa, o que faz insurgir o resgate a Hermenêutica como mecanismo que pode evitar o retroceder de paradigmas.

Com efeito, se ontem a centralidade na exegese da lei representava a nota de aplicação do direito, num positivismo acrítico, hoje, com a abertura constitucional a direitos fundamentais e sociais, a centralidade se desloca para o Judiciário na função de *dizer o direito*. Essa transformação de posições merece ser submetida à hermenêutica para evitar decisionismos judiciais, eivados de discricionariedades/arbitrariedades.

Essa tarefa árdua implica redescobrir que a interpretação é compreendida como um ato unitário em que concorrem integradamente vários elementos (gramatical, histórico, teleológico e, mesmo, constitucional). Conforme buscou registrar com a doutrina de Lenio Streck, a hermenêutica dispõe que o caráter instrumental da Constituição seja eliminado, haja vista *a Constituição não ser ferramenta, e, sim, constituinte*⁵⁷. O agir no limite de um contexto será a legitimação do atuar jurisdicional, haja vista os Poderes de Estado estarem submetidos a uma mesma vontade política.

⁵⁶ Idem, p.96.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso...** p.34.

Assim, a obra de Lenio Streck, em parte aqui citada, busca incessantemente a defesa da teoria do direito como ponto de controle da interpretação a partir do crescimento da jurisdição.

Ainda que sob o parâmetro da instrumentalidade, a possibilitar ao órgão judicial a *adaptabilidade* dos procedimentos e atos, dosando o formalismo para atender ao escopo processual, importante que se veja o Judiciário como órgão constituído, e não como constituinte. E a Constituição como fonte e não como instrumento. A expressão princípio da *adaptabilidade* pode ser perigosa, na medida em que a semântica possibilita um pensar exagerado de supremacia judicial. Ainda mais se corresponder a uma *relativização* do princípio da legalidade. Não cabe ao juiz adaptar o agir legislativo e constitucional, mas realizá-los.

Veja os transtornos que isso pode vir a causar na esfera administrativa, por exemplo. Fábio Lima Quintas⁵⁸ faz interessante estudo acerca de como o ativismo judicial pode contribuir para certa atrofia da Administração Pública. E mais, como o elemento *previsibilidade*, essencial para o funcionamento da atividade administrativa, do direito e da própria sociedade, se perde com essa postura do Judiciário. De acordo com o autor, a decisão judicial ativista não colabora para a funcionalidade da atividade administrativa, por não oferecer parâmetros que sirvam de fundamento seguro para sua atuação - a Administração não tem como valer-se de precedentes judiciais para superar a lei nas suas decisões. Assim, “nem o administrador tem segurança de decidir nem o administrado entende como revestido de autoridade os pronunciamentos administrativos”.⁵⁹

Percebe-se que a autocontenção merece caminhar ao lado da *adaptabilidade* posto que o equilíbrio entre os poderes ainda é a nota do Estado de Direito, não havendo *hipertrofia* que não possa encadear *atrofia* alheia. O neoconstitucionalismo deve ser compreendido como redefinição de funções, mas não exclusão de papéis em sua jusfundamentalidade. A (des)medida do Judiciário resvala na atuação dos demais poderes.

⁵⁸ QUINTAS, Fábio Lima. *O juiz como última instância da administração pública: o impacto do ativismo judicial na ordenação do direito e na função administrativa*. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**. Ano 5, n.20 out./dez 2011. Editora Fórum. p.245-261.

⁵⁹ QUINTAS, Fábio Lima. p.260.

O *protagonismo* do Judiciário poderá ser positivo e assim o é quando na medida da Constituição. O neoconstitucionalismo que possibilitou esse movimento também veio a reclamar a ampliação do acesso à justiça para garantia dos já reforçados direitos fundamentais. A busca pela razoável duração do processo, o uso da técnica com efetividade, a previsão de novos procedimentos e novos remédios processuais são todos estes ferramentas para concretização da ordem constitucional que depositam no órgão judicial sua possibilidade de manuseio. Neste sentido que o subprincípio processual da *adaptabilidade* deve ser compreendido, qual seja o de propiciar ao juiz volver o processo aos seus objetivos maiores, em especial o de realizar o direito material diante da demanda, de forma efetiva.

O marco neoprocessualista veio na consagração do acesso à justiça, pelo que ressurgem os princípios processuais de ordem constitucional na atividade judicante. O contorno publicista do processo significa justamente o dever de observância da Constituição e dos princípios decorrentes do acesso à justiça na sua condução.

Na verdade, não são conferidos poderes maiores ao magistrado, mas há um dever (ou poder-dever, como na lógica administrativista), que esbarra no poder dispositivo das partes, e representa a preservação dos valores processuais mínimos a possibilitar mais e melhores condições de promoção do justo diante das lides propostas.

A função do processo, de pacificação social com a realização do direito material diante do caso concreto, será, pois, melhor cumprida se submetida ao crivo constitucional, pela observância dos mínimos éticos e dos parâmetros do *due process*. O acesso à justiça, identificado pela garantia efetiva da boa jurisdição só vem a ser realizado se observados esses padrões de segurança jurídica para o próprio Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Juiz e a Prova*. **Revista de Processo**, n. 35, ano IX, p. 178-184, abr-jun 1984.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Simplificação e Adpatabilidade no Anteprojeto do Novo CPC Brasileiro*. In: **O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa**. Reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Luiz Fux (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.71-104.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 20.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Fabris, 1998.

CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y Division de Poderes Hoy**. Direccion general: Laura San Martino de Dromi. Buenos Aires, Madrid: Ciudad Argentina, 2002.

DIDIER JR., Fredie; et all.. **Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. Vol 2. Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, Vol. 1, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FUX, Luiz (coord.). **O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa**. Reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRECO, Leonardo. “Garantias fundamentais do processo: o processo justo”, In: **Estudos de Direito Processual**, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 225-286.

_____. **Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil**. Vol.1. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. “*Publicismo e privatismo no processo civil*”, In: **Revista de Processo**, ano 33, nº 164, outubro de 2008, São Paulo:Ed. Revista dos Tribunais,pp. 29-56.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A atuação do juiz na direção do processo*. In: **O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa**. Reflexões acerca do

projeto do novo Código de Processo Civil. Luiz Fux (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.179-229.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional:** um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora Limitada, 1989.

QUINTAS, Fábio Lima. *O juiz como última instância da administração pública: o impacto do ativismo judicial na ordenação do direito e na função administrativa.* In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC).** Ano 5, n.20 out./dez 2011. Editora Fórum. p.245-261.

STRECK, Lenio Luiz. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional.* Disponível em: <<http://leniostreck.com.br>>. Pesquisa realizada em 20 de dezembro de 2011.

_____. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?.* Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em 05 de agosto de 2011.

_____. **Hermenêutica e *applicatio* jurídica:** a concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísico-objetificante. *Studia Juridica*, v. 1, Coimbra Editora, 2008. p. 1103-1155, 2008

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O impasse na interpretação do artigo 396 do CPP.* In: *Conjur.* Disponível em < http://www.conjur.com.br/2008-set-18/impasse_interpretacao_artigo_396_cpp> Consulta realizada em 10 de maio de 2012.

_____. *O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas.* Disponível em: <www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/1766/1406>, Pesquisa realizada em 18 de dezembro de 2011.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed.
São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio, CARNEIRO, Wálber Araújo. *STJ não pode mudar prazo de prescrição da pena*. In: **Conjur**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2011-jan-24/stj-nao-mudar-contagem-prazo-prescricao-pena> > . Pesquisa realizada em 10 de maio de 2012.