

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Simone Letícia Severo e Sousa, Pedro Augusto Gravatá Nicoli – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-130-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

No volume ora apresentado, os artigos produzidos para o Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido em Belo Horizonte em novembro de 2015, constituem um testemunho histórico do atual momento do processo e da jurisdição no Brasil e em escala global. Seja como técnica, campo do saber jurídico, zona de vivências e arena para o entrecruzamento de demandas sociais das mais variadas ordens, o processo foi problematizado à luz de uma premissa que emerge do conjunto dos textos: a ideia de acesso efetivo à justiça. Tal acesso, aqui, é tomado de forma materializada, em seu sentido substancial, reconectando a dimensão jurídico-processual com seus fins últimos e com os caminhos (e descaminhos) de seu alcance. Como instrumento de realização de direitos e garantias fundamentais, resulta da leitura dos textos uma reinvenção necessária dos sentidos últimos do processo.

Para tanto, a dimensão principiológica do processo é compreendida como repositório dos valores mais caros à realização da justiça, não apenas como idealidade, mas como concretude no e pelo processo. A ocasião da edição do novo Código de Processo Civil brasileiro torna ainda mais oportuno o momento reflexivo e convida a situar o processo numa crise estabelecida na função jurisdicional. O alto índice de litigiosidade, o congestionamento processual e os entraves materiais e formais a uma prestação de mérito e exequível tornam tal retomada de fundamentos uma necessidade premente. E, diante dessas condições, a criatividade das análises produzidas sinaliza possíveis rotas de avanços.

É o caso do conjunto de reflexões em torno da ideia de cooperação processual. Concebida como medida de racionalização sistêmica do processo (e não como quimera a sublimar os conflitos e desconsiderar a posicionalidade das partes), a cooperação desenha seus conteúdos concretos, em deveres das partes, de seus representantes e do juiz. O imperativo constitucional da razoável duração do processo, consectário processual da ideia de justiça em si, torna as análises das formas jurídicas de cooperação, mais uma vez, uma necessidade. Talvez se desenhe ali um efetivo princípio jurídico, a contar das proposições de alguns dos trabalhos deste volume, em reconhecimento a uma densidade normativa própria, um dever de cooperar. O caráter adversarial do processo, contudo, não é pura e simplesmente mascarado, mas se faz acompanhar de um dever de lealdade processual que se engaje, em suas dimensões sistêmicas, com a própria realização da justiça.

É o mesmo cenário a alimentar a rica reflexão em torno das demandas repetitivas, da coletivização do processo e da expansão das possibilidades de precedentes judiciais. Aqui, a jurisdição é instada a um exercício de autoanálise que exponha cruamente as arestas da idealização de um livre convencimento motivado em isolamento, como espaço mítico de redenção jurídico-processual. A percepção de que as decisões judiciais interagem de maneira permanente e dão corpo à jurisdição como exercício, invariavelmente supera a imagem de um julgador isolado na prática de função meramente técnica.

A figura do juiz, aliás, merece espaço destacado nos textos produzidos. Submetida ao conjunto das análises constitucionais e políticas que as últimas décadas legaram, a função jurisdicional é posicionada de maneira crítica nas matrizes do Estado Democrático de Direito. Poderes e prerrogativas na condução do processo são recolocados em interação com seus sentidos materiais. As complexidades de um itinerário simplificador que move o juiz de um autômato técnico a um ativista processual são desnudadas, instando o processo a compreender melhor a posição de um de seus atores determinantes. E compreendê-la de forma mais democrática, sensível a impactos sistêmicos, ciente de limitações e propositiva.

O quadro se completa com análises concretas de momentos processuais chave. A execução e o alcance patrimonial ganham uma centralidade na reflexão que se compatibiliza com a importância concreta que têm.

A conclusão, em resumo, não poderia ser outra. O vigor do processualismo brasileiro mesmo diante de um quadro aterrador de crise na entrega da prestação jurisdicional (ou até mesmo por ele) se renova. O conjunto dos artigos aqui apresentados é prova da necessidade de difusão do engajamento da reflexão jurídico processual para que, como propôs Amartya Sen, se possam remover injustiças concretas e diárias. Para que se chegue a um processo que contribua para a superação dos privilégios, da desigualdade, que se compreenda criticamente e se alimente, quase que de maneira obcecada, sua razão de ser: o acesso material, integralizado, maximizado à justiça.

Coordenadores do GT:

Prof. Dr. Pedro Augusto Gravatá Nicoli

Professor Adjunto da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFMG. Concluiu Pós-Doutorado (2015) junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com bolsa

CAPES/PNPD. Esteve em temporada de pesquisas junto ao Collège de France, como parte de um programa de Doutorado-Sanduiche no Exterior, com bolsa da CAPES. Foi pesquisador visitante na Organização Internacional do Trabalho, no Instituto de Estudos Avançados de Nantes e na Universidade de Estrasburgo.

Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Pós-Doutora em Direito pela UFSC; Doutora em Direito pela UFPR; Advogada e Professora Universitária; Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande RS; Professora da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público POA-RS.

Profa. Dra. Simone Letícia Severo e Sousa

Possui graduação em Letras pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (1997), graduação em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (2000). Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil (2001). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca (2003). Foi professora no curso de Direito FADIPA-UNIPAM (2001-2008). Doutora em Direito Público. Foi professora substituta do curso de Direito da UFMG (2008). Atualmente é coordenadora do curso de Direito da Unifenas/BH Universidade José do Rosário Vellano. Coordenadora do Curso de pós-graduação (lato sensu) Novas tendências do Direito Civil e do Direito Processual Civil (Unifenas BH).

O JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

THE JUDGE IN THE DEMOCRATIC STATE

Wallison Jackson de Magalhães

Resumo

Através de uma investigação bibliográfica o presente trabalho objetiva delinear a função do Juiz inspirada pelo Estado Democrático de Direito e animada pelo Novo Código de Processo Civil, erigido sob a égide da CR/88. Destacaremos as circunstâncias que incitam o comprometimento do Judiciário com a realização dos preceitos constitucionais no cenário atual, sem se perder de vista os limites da atividade jurisdicional que advém da própria Constituição e do Processo. Longe de se ambicionar por um Juiz comprometido com concepções socialmente aceitas ou idiossincráticas de justiça a CR/88 inaugurou um novo paradigma em que o Juiz ao aplicar a lei não pode olvidar os ditames constitucionais, devendo o julgador demonstrar predileção pela interpretação construída discursivamente mais assente a Constituição e empenhar-se para garantir a efetividade de seus preceitos.

Palavras-chave: Jurisdição, Estado democrático de direito, Efetividade, Contraditório, Processo, Novo código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

Through a literature research this study aims to delineate the function of a judge inspired by the democratic rule of law and animated by the new Civil Procedure Code, erected under the aegis of the CR/88. We will highlight the circumstances that urge the commitment of the judicial system to the achievement of constitutional principles in the current scenario, without losing sight of the limits of the judicial activity that comes from the own Constitution and from the Process. Far from aspiring for a compromised judge with socially accepted or idiosyncratic conceptions of justice, the CR/88 inaugurated a new paradigm in which the judge cannot forget the constitutional dictates in order to apply the law. He should demonstrate predilection for the interpretation built based discursively adjusted to the Constitution and engage to ensure the effectiveness of its precepts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jurisdiction, Rule of law, Effectiveness, Contradictory, Process, New code civils process

1 Introdução

Enunciar a função do Juiz no Estado Democrático de Direito não se resume a um exercício silogístico, sobretudo por sua complexidade, e é patente que a alterabilidade das atribuições do Juiz esta mais ligada à mudança e adoção de determinada concepção em detrimento de outra do que propriamente a mutabilidade de permissivos legais.

É incontroverso o realce que o Órgão Judiciário alcançou na atualidade e o revérbero de suas decisões é irrefutável, contudo vem se verificando que de mero interprete e aplicador da norma jurídica o Estado-juiz se vê enleado a figura de criador da própria norma jurídica, seja por uma disfunção do Estado ou pela facilidade de se entrever um novo modelo de Jurisdição.

Por certo que toda essa bruma vem apontando a necessidade de transformação de concepções. Isto porque a complexidade do tema não é encerrada por conceitos e estudos apriorísticos da generalidade do Direito, que preenchem o núcleo básico da academia jurídica.

Teóricos a muito se confrontam quanto a exata conceituação do que se trataria a Jurisdição e a delimitação da função do juiz, estando longínqua a consolidação de algo pacífico. Para além do pedantismo vocabular, não é concebível em um Estado Democrático de Direito a atuação indiscriminada do estado-juiz, requerendo-se esclarecer seus contornos.

É necessário enfrentar problemas referentes a relativamente nova concepção constitucional, a progressiva extensão dos interesses envolvidos e, inegavelmente, a crescente complexidade de que se revestem as funções estatais. Serão destrinchados os conceitos e objetivos de alguns institutos, colacionando-se diversificada base doutrinaria, de forma conducente há identificar e justificar o modelo de jurisdição prestigiada na atualidade.

2 A Indelével segmentação das Funções Estatais

Apesar de amplamente difundida, a concepção da divisão das funções estatais não é albergada de modo congênere pelos ordenamentos jurídicos, não sendo ainda unanimidade e nem imprescindível para assegurar a lisura no exercício do poder político, não podendo se depreender algo diferente das notas de Marçal Justen Filho:

Tome-se e conta que não existe uma única teoria da separação de Poderes, compartilhada igualmente por todos os países. A teoria da separação de Poderes é adotada em quase todos os países, mas com configurações próprias e inconfundíveis.

Ou seja, não há um modelo único de separação de Poderes, mas cada Estado produz uma teoria própria, que reflete sua experiência histórica. Por exemplo, a separação de poderes nos EUA é muito diferente daquela existente na França. E nenhuma é similar à brasileira.

Mas todos os Estados compartilham uma experiência comum: a impossibilidade de separação absoluta de funções. (JUSTEN FILHO, 2011. P. 85)

Neste ponto, o modelo de divisão das funções estatais eleito, influi na concepção de seus agentes políticos, determinando o seu âmbito e escopo de ação, tal como se pode ler em Dalmo de Abreu Dallari:

Por motivos que têm raízes na história, a Inglaterra jamais teve um Judiciário como ramo independente, na organização do Estado. Assim, obviamente, para os teóricos ingleses não tem sentido falar-se em Poder Judiciário e menos ainda em poder político dos juízes, que, em última análise, são subordinados ao Parlamento. Uma síntese da concepção inglesa do papel do juiz é a frase com que Francis Bacon inicia seu ensaio Da magistratura: “Os juízes devem sempre lembrar-se de que seu ofício é *jus dicere* e não *jus dare*, interpretar a lei, não fazer a lei, ou dar a lei”. O juiz não é legislador, como também não é um autômato, um aplicador cego da lei, proibido de interpretá-la. (DALLARI, 2002, p. 90)

É rendosa a menção ao sistema de governo Francês, que em decorrência do arranjo das instituições responsáveis pelo exercício dos poderes políticos dá ensejo à possibilidade de se supor a existência de apenas dois Órgãos, apontamento presente na obra de Érico Andrade:

[...] parte da doutrina francesa entende que a função jurisdicional não seria uma função autônoma, mas se enquadraria na de executar a lei ou o direito, de modo que só haveria duas funções estatais: a de editar e a de executar a lei, de modo que a função jurisdicional se confundiria com a chamada função administrativa. (ANDRADE, 2010, p. 152)

Com maior percuciência o jurista italiano Nicola Picardi enuncia que, por razões que remontam a história, a Alemanha e a França não concebiam um Órgão Judiciário independente. Estando este Órgão subordinado aos Órgãos Legislativo e Administrativo, sendo cometido apenas da tarefa de aplicar o Direito de forma mecânica e meramente silogística.

Significativa se mostra, a esse respeito, a evolução da ciência jurídica alemã e francesa. A primeira, já no século XIX, tinha expressado uma orientação substancialmente centralizada no Estado burocrático (*Beamtenstaat*) e no primado do executivo. A tradicional tripartição dos poderes era resolvida substancialmente na bipartição legislação-administração. A jurisdição restava, assim, rebaixada a uma “tarefa” (*Aufgabe*) particular do estado, a qual é concedido um específico aparelho, a administração da justiça. De resto, já Hegel tinha colocado o poder judiciário, em conjunto com a polícia, no âmbito do poder administrativo. (PICARDI, 2008, p. 24)

Prossegue o eminente processualista italiano ao rememorar semelhante submissão do Judiciário ao Órgão Administrativo na experiência italiana, pela ausência de independência na sua auto organização.

No que concerne à Itália, resta emblemática a fria análise de um dos seus políticos mais agudos, o Presidente do conselho de Ministros, Giovanni Giolitti. Em 1897, afirmou ele que “ao Governo restam os seguintes poderes sobre a magistratura. Dos pretores se dispõe livremente, sem nenhuma garantia. Os magistrados foram nomeados pelo governo pode negar-lhes a transferência; é o governo que determina as funções que cada um dos magistrados deve exercer”. Em outros termos, o executivo – diretamente, ou por meio do Ministro da Justiça, ou indiretamente por meio da estrutura hierárquica dos ofícios – tinha a possibilidade de um controle permanente da magistratura, que não permitia falar do judiciário como poder autônomo. Nem a situação era destinada a mudar substancialmente na primeira metade do século XX. Antes, a dependência se acentuou na época fascista. (PICARDI, 2008, p. 25)

Deve-se destacar que havendo um Órgão Judiciário na sistemática jurídico constitucional brasileira não se pode olvidar que os Juízes, membros do Judiciário sobre quem se projetam direitos e deveres imanentes deste Órgão, exercem um poder político, qual seja a atividade jurisdicional, ou seja, é legado aos juízes atuarem a Jurisdição em sentido estrito. Entendendo-se a Jurisdição como o Poder do Estado de imperativamente fazer atuar a vontade concreta da lei por intermédio de todo um *complexo normativo que se destina a garantir direitos e controlar a atividade do órgão jurisdicional*, ou seja, o processo, consoante a concepção de Rosemiro Pereira Leal:

[...] a jurisdição, em face do estágio da Ciência Processual e do Direito Processual, não tem qualquer valia sem o **processo**, hoje considerado, no plano do direito processual positivo, como complexo normativo constitucionalizado e garantidor dos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia das partes e como mecanismo legal de controle da atividade do órgão-jurisdicional (juiz), que não mais está autorizado a utilizar o **processo** como método, meio, ou mera exteriorização instrumental do exercício do seu suposto saber decisório. (LEAL, 2011, p. 25)

Quanto ao que se refere ao Órgão Judiciário é pujante a imprescindibilidade de que sua atuação se dê processualmente, sob as regras do devido processo legal, embora se refute a ideia de que a jurisdição possa ser vista como instrumento do processo, há de se enaltecer a lúcida dicção de Rosemiro Pereira Leal ao assentar que “a jurisdição hoje é função fundamental do Estado e este só se legitima, em sua atividade jurisdicional, pelo processo. É, portanto, o processo validador e disciplinador da jurisdição e não instrumento desta.” (LEAL, 2011, p. 66).

Há de se ressaltar, ainda, que este lineamento entre os *Poderes*, ainda que tênue, deve ser preservado em prol de fundamental e imprescindível ordenação, inafastável da concepção de um Estado Democrático de Direito, cautela que pode ter como fonte o despotismo estatal, não somente por corroborar no livramento “do perigo imanente a todo poder, qual seja, o de ser exercitado de forma degenerada, arbitrária ou abusiva”, mas sim por salvaguardar “a plenitude das liberdades fundamentais dos indivíduos”, tal quais as lições de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (DIAS, 2004, p. 62). Neste ponto são percucientes os apontamentos de Mário Guimarães:

O judiciário [...] supre a ação do Legislativo, quando o juiz preenche as lacunas da lei ou quando os tribunais estabelecem normas em seus regimentos internos; faz de Executivo ao dirigir o processo eleitoral ou quando ordena a pratica de atos de execução normal ou de policia.

Mas tais exceções, que estão previstas na lei básica, não podem ser ampliadas sem que se estabeleça o caos e sobrevenha a ditadura ou a anarquia. O Poder Judiciário, sobretudo, num instinto de autodefesa, tem que velar pela separação, de ânimo firme, sem embargo da colaboração que os três poderes mutuamente devam dispensar-se. Poderes independentes e harmônicos – é a formula clássica que sustenta a ordem e garante os direitos individuais, no Estado moderno. (GUIMARÃES, 1958, 50-51)

Destarte, é inegável a existência de uma sinergia entre os órgãos estatais, o que faz com que um órgão esteja sempre fadado a suprir as disfunções do outro haja vista a sinergia existente entre os órgãos estatais e a tênue separação dos Órgãos Estatais.

3 Do Estado Legislativo para o Estado Democrático de Direito

3.1 A Jurisdição no Estado Legislativo

Importa salientar que é prescindível detida análise sobre a história para que se possa aperceber as diferentes concepções da incumbência dos magistrados, tanto em uma perspectiva social quanto política.

Outrora, a jurisdição era compreendida como a atuação da lei, sendo o Juiz mero servidor público encarregado de conclamar a vontade da lei.

O Judiciário era entendido como um subsistema compreendido na estrutura do Órgão legislativo ou do Executivo era um cego aplicador da lei, ou seja, a atividade do Juiz era burocratizada a tal ponto que a sua atividade se reduzia a fiel execução da lei. É o que se

infern do penetrante estudo do Direito Processual elaborado por Nicola Picardi que consigna que:

A verdade é que, entre o século XVIII e a primeira metade do século XX, registrou-se na Europa continental não tanto uma “esterilização política” mas uma burocratização do juiz, que terminou por igualar substancialmente a função judiciária à administrativa. Ambas as funções foram consideradas, realmente, como divisões de um único aparelho de poder.

O poder em sentido estrito era detido e exercido indubiosamente pelas elites políticas. O judiciário era considerado, assim, apenas como um “mecanismo específico”, que opera em um processo de interação social. Mais precisamente entendia-se que os juízes agissem por “delegação” de quem detivesse a soberania. Por consequência, a magistratura parecia assumir a função de “subsistema”, que sustenta o poder político, operando no seu mesmo âmbito. De outra parte, a adoção do modelo hierárquico-burocrático, solitário com a cultura juspositivista, assegurava uma atividade jurisdicional inspirada pela ideologia da fidelidade à lei (Gesetzestreue). Rudolf Von Ihering sustentava que “como o soldado na severa disciplina militar deve antes de tudo aprender a subordinação, assim na administração da justiça o juiz deve aprender a obediência à lei”.

Também se era assegurado aos “funcionários judiciários” – embora com gradações diversas, segundo os tempos e os países – um estatuto particular, uma certa independência em relação às outras articulações do aparelho (independência em sentido débil), o modelo hierárquico-burocrático terminava por repropor em substância a imagem do juiz bouche de La loi. E porque a sua função era a de exigir o respeito ao comando da lei, a atividade do juiz era despojada das características próprias ao “poder”. Na medida em que o judiciário resultou em uma mera divisão do poder legislativo ou do executivo, “ativou-se um processo de rebaixamento” que encontrou, a seu tempo, a sua lógica conclusão na passagem do poder judiciário à autoridade judiciária, à ordem judiciária e no serviço público da justiça. (PICARDI, 2008, p. 26)

Essa concepção adveio do Estado Legislativo, que se instalou como um dos influxos da Revolução Francesa, objetivando extirpar o despotismo estatal, resguardando as liberdades individuais da atuação do Estado.

Este sistema pressupunha uma sociedade igualitária e livre, prestigiando um modelo de Estado absenteísta, preocupado mais com a legitimidade da norma, do que com a aplicabilidade do Direito. Havia um formalismo que restringia a atuação do Estado e o direito se reduzia a lei.

Neste período o juiz se sujeitava a lei, mas como forma de conceder ao rei a soberania absoluta não limitada por qualquer Órgão. A lei era produto da vontade do soberano e a única fonte de Direito concebível. Neste sentido são as lições de Nicola Picardi que consigna que “a sujeição do juiz à lei era, efetivamente, lida no quadro de uma ideologia que reconhecia ao rei a soberania absoluta, não limitada nas suas prerrogativas por nenhum órgão constitucional. O direito era reduzido à lei à vontade do soberano” (PICARDI, 2008, p. 82).

Foi nesse cenário que Oskar Von Bülow idealizou o Processo como relação jurídica entre juiz, autor e réu, onde o Processo é tido como instrumento da Jurisdição e o Juiz, como exercente desta, a subjugar as outras partes integrantes do processo. A teorização de Bülow é tida como o marco da autonomia do Processo ante o conteúdo do Direito Material.

Note-se, contudo, que referida construção fora realizada como forma de reação ao formalismo vivenciado naquele período. Consubstanciava-se, na realidade, em uma criação que oportunizaria a operacionalização do direito, com a elevação dos juízes e a exortação de seu papel na construção do Direito, de maneira tal que este seria dotado de maior concretude, em oposição ao formalismo paralisante do Estado Legislativo.

Neste sentido, vão os apontamentos de André Cordeiro Leal, que, com grande perspicuidade, em íntimo estudo do Instrumentalismo do Processo, anota que:

[...] o objetivo precípua do jurista alemão era o de fundamentar teoricamente a necessidade do aumento do poder do Estado, dos juízes e dos tribunais.

[...]

Diante da importância dos magistrados, o controle da relação processual permitiria, em última análise, o controle de todo o direito vigente, e somente mesmo a relação jurídica e a subordinação nela pressuposta poderiam dar sustentação a esse projeto. Por esses motivos, entendemos possível afirmar que o processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo essa ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador. (LEAL, 2008, p. 45-60)

Contudo, essa concepção do Estado legislativo tornou-se insustentável em virtude da paulatina degradação das condições sociais, principalmente a partir da Revolução Industrial, por suas consequências nefastas e pela utopia do ideário que carregava.

Essa concepção terminou por ceder espaço para o pluralismo de fontes normativas e para a criação de textos constitucionais de cunho principiológico, dantes consubstanciado no Estado Social e hoje, na conjuntura brasileira, centrado na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, o que implicou na modificação do arranjo dos Órgãos Estatais. É o que se depreende dos estudos de Germana de Oliveira Fugêncio:

A superação do Estado Liberal, com advento do Estado Social, alterou as relações entre o Poder Legislativo e o Poder executivo, pois este passou a ter uma postura mais ativa, na feição do estado prestacional de Serviços públicos, em contraposição ao Estado absentista do liberalismo. A assunção pelo Estado de novos encargos passou a justificar o aumento da competência normativa e a ampliação da área de autonomia do Poder Executivo, a quem a lei conferiu, ipso facto, maior grau de discricionariedade ou de liberalidade de atuação.

O uso abusivo da ampliação da área de autonomia do Poder executivo no Estado Social e o desrespeito aos direitos fundamentais ensejaram, de um lado, a necessidade de sujeitar os membros do poder Legislativo à Constituição, e de outra

parte, ocasionaram uma reação do poder Judiciário contra os excessos e abusos dos administradores e dos feitores da lei.

Por via de consequência, alteram-se as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Numa reação contra as demandas daquele, valoriza-se a jurisdição constitucional: assiste-se a sujeição de seus membros – os legisladores, à Constituição, os quais também passaram a ser destinatários do princípio da legalidade que se estende para alcançar a constitucionalidade, daí advindo, dentre outros efeitos, a perda do peso da lei parlamentar no seio do ordenamento jurídico, à qual se sobrepõem as normas constitucionais, cuja supremacia se proclama. (FUGÊNCIO, 2004, p.27-28)

Impede salientar que o simples fato de tornar os princípios auto aplicáveis resultou em uma transformação imensurável na atividade jurisdicional incumbida de atribuir concretude a norma, ideia esta também presente na obra de Germana de Oliveira Fugêncio:

Como fruto da constante e renovada relação dialética entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o “direito por regras” do estado de Direito cedeu lugar, no constitucionalismo contemporâneo, ao “direito por princípios”. Essa mudança estrutural, adverte o jurista italiano Zagrebelsky, teve de comportar necessariamente consequências muito sérias para a jurisdição, consequências essas, segundo ele, nem sempre tranquilizadoras, pois se referem a certas exigências, consideradas, noutros tempos, irrenunciáveis, como, por exemplo, a certeza e a previsibilidade das decisões judiciais. (FUGÊNCIO, 2004, pág. 25)

A simples consciência do pluralismo de fontes do direito e da normatividade dos princípios como formas de impor harmonia ao sistema jurídico, representaram a derrocada do Estado Legislativo, contudo os estudos realizados por Bülow foram desenvolvidos e resultaram em diversos matizes do Instrumentalismo do Processo, que têm como identidade a concepção da jurisdição como atividade do Estado que em seu exercício “*se coloca acima das partes para proferir uma ordem normativa*” (LEAL, 2009, p 125), o que se coaduna com os estudos desenvolvidos pelo Direito Político, como se pode depreender das anotações de Ronaldo Brêtas de Carvalho:

[...] a função jurisdicional permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas. (DIAS, 2004, p. 76)

Aludida posição de “superioridade” conferida ao Estado-juiz não intenciona defender uma concepção autoritária do juiz, mas sim enaltecer uma perspectiva instrumental que se destina a implementar a jurisdição nos moldes em que o texto Constitucional a delineia de forma, inclusive, a garantir a imperatividade de seus julgados que se impõe aos jurisdicionados de forma argumentativa.

3.2 A mutação do Princípio da Legalidade

É instigante o fato de o princípio da legalidade ter surgido no contexto do Estado Legislativo, mas com a falência deste modelo este Princípio tomou novos matizes e o seu abrandamento o inseriu no modelo do Estado Democrático de Direito, o que se coaduna as lições de Germana de Oliveira Fugêncio:

O princípio da legalidade, fruto histórico do liberalismo, nasceu, sob inspiração das idéias jusnaturalistas, de soberania popular e da separação de poderes, para assegurar a supremacia do legislador ordinário, em contraposição ao absolutismo monárquico, mas, com o passar do tempo, adquiriu novas conotações. (FUGÊNCIO, 2004, p.27)

Neste modelo o princípio da legalidade é mais do que uma peculiaridade inerente ao Estado Democrático de Direito, mas sim um de seus sustentáculos. Destarte, é com fulcro no princípio da legalidade e o manente talante de se perfazer os desígnios constitucionais que os Órgãos do Estado orientam suas condutas, não cabendo a tais órgãos agir além do perímetro estatuído, ainda que teleologicamente, ou se furtar de seus poderes/deveres.

Corroborando com estas parcias palavras, seguem em melhor letra os ensinamentos de José Afonso da Silva, que delineia as implicações do Estado Democrático de Direito em relação ao princípio da legalidade ao anotar que:

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.

É precisamente no estado Democrático de direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no estado de direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se eleva de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento

necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos. (SILVA, 2011, p.121-122).

Daí segue-se o clamor de vasta doutrina pela proatividade dos Órgãos Estatais e de seus agentes políticos na busca da consecução de um interesse maior, qual seja a efetividade dos ditames constitucionais, tal qual os ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari:

Basta lembrar que a impropriamente chamada “Lei de Introdução ao Código Civil”, que é, na realidade, uma lei que fixa critérios para a interpretação e aplicação da legislação brasileira, estabelece que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Como está bem claro, o juiz não só pode, mas na realidade deve procurar alternativas de aplicação que, preservando a essência das normas legais, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação. (DALLARI, 2002, p. 99)

Conquanto, cabe esclarecer que a nova concepção do princípio da legalidade vem sendo identificada como um princípio autônomo denominado “juridicidade”, sendo que a legalidade ainda se aterá aos comandos taxativos da lei, enquanto a juridicidade estaria envolvida pelo aspecto objetivo e substantivo da norma cotejados com a Constituição da Republica Federativa do Brasil (CR/88), ideia esta, firme no magistério de Germana de Oliveira Fugêncio:

A noção de legalidade reduz-se ao seu sentido estrito de conformidade dos atos com as leis, ou seja, com as regras – normas em sentido estrito.
A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explicita ou implicitamente na Constituição. (FUGÊNCIO, 2004, p.30)

Cabe destacar que a ilustre jurista Germana de Oliveira Fugêncio enuncia que a “juridicidade em síntese é o princípio da legalidade posto no invólucro da constitucionalidade” (FUGÊNCIO, 2004, p 30), reducionismo que não desprestigia a evolução dos princípios e os significados destes no cenário contemporâneo.

E o que nos importa é que essa busca pela efetividade tem implicação direta na incumbência dos magistrados, enquanto agentes políticos (empossados para o exercício de encargos constitucionais), visto que, a contrassenso, acabam por serem dotados de maior ingerência no exercício da função jurisdicional, na perseguição do objetivo colimado, seja um preceito constitucional ou um direito de maior préstimo. Donde se desgradeiam várias teses na delimitação das funções jurisdicionais, com igual arrimo em preceitos constitucionais.

Não basta a lei para “colocar certos princípios fora de risco, estabilizar uma situação jurídica, satisfazer alguma reivindicação, transmitir segurança”, o Juiz converteu-se em um guardião das benesses do Estado Democrático de Direito, ao atuar a jurisdição o Juiz cuida de dar efetividade aos direitos e garantias constitucionais, bem como as decisões e provimentos judiciais, o que implica no beligerante movimento do ativismo judicial. Idêntica perspectiva pode ser observada nas obras de Jaques Chevallier e Elcias Ferreira da Costa:

O Estado de direito significa, na prática, que a liberdade de decisão dos órgãos do Estado é disciplinada, em todos os níveis, pela existência de normas jurídicas, cujo respeito é garantido pela intervenção de um juiz: isso pressupõe que os eleitos não disponham mais de uma autoridade indivisa, mas que seu poder seja constitutivamente limitado; e implica que eles se submetam às regras que eles próprios estabeleceram. De fato, o juiz aparece como a chave de abóbada e a condição de realização do Estado de direito: a hierarquia das normas só é efetiva se for jurisdicionalmente sancionada; e os direitos fundamentais só são realmente adotados se um juiz estiver ali para velar pela sua proteção. O culto do direito conduz assim à sacralização do juiz, erigido como uma muralha contra os sempre possíveis desvios dos eleitos. (CHEVALLIER, 2009, p.206)

É para a pessoa do juiz que se voltam os olhares de toda a sociedade e para ele, como se fosse a presença divina entre os homens, é que se dirige a esperança de todos os vitimados, seja pela violação em seus direitos, seja pelo extermínio ou lesão dos entes queridos, seja pela suspeita de culpabilidade relativamente a delitos cometidos por outros, seja pelo agulhão da própria consciência, em fim pela injustiça social vigente em todos os tempos, e ainda para ele se dirige a esperança dos que se vêm merecidamente perseguidos pelo jus puniendi do Estado. Ele corporifica, na verdade, a face humana da justiça ideal. (COSTA, 2009, p. 218)

A operosidade do judiciário objetiva muito mais que corrigir disfunções dos outros Órgãos Estatais, mas influir na realidade e dar concretude a intenção inserta nos dispositivos legais.

3.3 A Jurisdição no Estado Democrático de Direito

É incisiva a compreensão do que seria o Estado Democrático de Direito para o desenredo do objeto a que se propõe este afã.

A fundação de um Estado Democrático de Direito é de grande revérbero, importando na instauração de um Estado comprometido com a realização dos fins sociais, igualdade formal entre seus jurisdicionados e participação do povo na formação da vontade estatal e, não menos importante, sobressalta-se um Estado pautado pela lei (a legalidade como corolário da atuação estatal) e empenhado com a efetividade da mesma.

Fica claro que a velha máxima de que ao juiz cabe apenas declarar o direito, quando controvertido, desconhecido ou incerto (*Jus Dicere*) é dúbia e caduca, visto que o Estado Democrático Direito, no caso brasileiro, requer que seus Órgãos persigam a concretude da norma, o que prematuramente faz supor que é exigível do Órgão Judiciário uma postura proativa na efetivação do texto constitucional, o que justificaria o porquê de o Juiz correntemente *moderar a força e o rigor da lei* lhe conferindo inúmeras interpretações e evidenciando o alinhamento do legislador as propostas de Bülow.

Ademais, é pacífico que o Legislativo é incapaz de dar uma resposta imediata aos problemas e demandas apresentadas pela sociedade, se o Judiciário padece do mal da morosidade, deste morbo o legislativo já a muito sucumbiu, restando ao judiciário, em verdade, uma missão salvadora de conciliar o direito a realidade, sendo este o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni:

[...] é evidente que o legislador não pode andar na mesma velocidade da evolução social- o que, alias, já constitui ditado vulgarizado. Por isso, o surgimento de novos fatos sociais dá ao juiz legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos. (MARINONI, 2013, p. 93-94)

Contudo, o juiz não exerce tarefa tão honrosa ao seu alvetro, mas nos limites do processo. Cabe a lembrança de que a busca pela efetividade das normas não é algo paradoxal a preservação do princípio da legalidade, uma vez que o procedimento pelo qual o Estado-juiz faz atuar a lei deve ser definido pela lei, em respeito ao princípio do devido processo legal inscrito no art. 5º, inciso LIV, da CR/88.

Igualmente, todo o pronunciamento do Estado-juiz deve ter esteio em um dispositivo normativo, haja vista que ninguém é "obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (CR/88, art. 5º, II).

O que este bloco de ideias determina é que o Estado-juiz ao interpretar a lei o faça de forma a operacionaliza-la, promovendo o bem comum, o interesse social e a dignidade da pessoa humana, conforme o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), corroborado pelo art. 8º do Novo Código de Processo Civil (NCPC), introduzido pela lei 13.105/2015 e que entrará em vigor em 2016, que seguem *in verbis*:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (LINDB, art. 5º)

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (NCPC, art. 8º)

Aludida missão conciliadora do Juiz nos conduz a uma *vexata quaestio* quanto ao que se refere ao significado da jurisprudência no ordenamento, visto que a priori a jurisprudência teria apenas uma força de persuasão, afora nas decisões proferidas pela Corte Constitucional em que se atribui efeito vinculante. Contudo, não raro, a jurisprudência é a fonte primeira de criação do Direito, seja pela supressão de lacuna deixada pelo Legislador seja por invariavelmente se perseguir nas decisões judiciais a melhor interpretação do Direito.

O NCPC em seu art. 140 aponta a capacidade inventiva a qual é legada ao Estado-juiz ao aduzir expressamente que o vazio legal não exime o julgador dar uma solução a controvérsia.

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Humberto Theodoro Junior sintetiza bem o escopo da atividade interpretativa e porque não dizer criativa do magistrado e que é realçada no cenário atual:

Contudo, tal atividade criativa da jurisdição não pode ser arbitrária e efetuada em substituição à atividade do legislador, devendo, portanto, complementá-la. Nesse sentido, as decisões do juiz sempre devem pautar-se na legislação, mas esta entendida de forma ampla (lei civil, processual, normas constitucionais, valores fundamentais). Lembrando-se que existirão situações em que a própria legislação permitirá que o magistrado atue com maior liberdade (exemplo: conceitos abertos como o princípio da boa-fé). (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 35)

Na Itália o processo de revalorização do significado da Jurisprudência se encontra em um estágio mais adiantado do que na experiência brasileira, sendo atribuída a jurisprudência o papel de *fonte subsidiário e flexível* do direito, sendo tarjado de direito dócil o direito proveniente da jurisdição. A revalorização da importância da jurisprudência contemporaneamente é anunciada por Nicola Picardi ao anotar que:

Com efeito hoje se verifica um estado de ânimo tendente a revalorizar o momento jurisprudencial do direito. Constitui convicção difundida que a tarefa de adequar o direito a realidade historico-social pertença também ao juiz, e não faltou quem, seja embora sob diversos matizes, tenha considerado sua obra como fonte concorrente e instrumental de produção jurídica. A jurisdição assume, por outro lado, o papel de fonte subsidiária e flexível; fala-se, a propósito, de "source délicieuse" ou de "direito

dócil". Trata-se de uma linha de tendência que - de forma mais ou menos acentuada - parece comum a civilização jurídica ocidental. (PICARDI, 2008, p. 2)

No Brasil até o momento se preceituava pela adstrição do Juiz a lei, só podendo se desviar desta se o cotejo com a norma constitucional assim recomendar, porém não se pode olvidar o reverbero das argumentações jurídicas, encerradas nos pronunciamentos judiciais, na construção do direito, em especial quando se trata de decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Neste ínterim, mais uma vez nos socorremos aos ensinamentos de Nicola Picardi que, com amparo em Eugen Eherlich, intitula como *direito vivente* a identificação das argumentações jurídicas como o próprio direito, o que muito embora tenha grande significado, visto que os pronunciamentos judiciais via de regra são dotados de maior sensibilidade as peculiaridades do caso concreto e a realidade experimentada, carrega o perigo da manipulação do Direito.

Não menos importante foi, todavia, a função paranormativa assumida pelas Cortes por meio do instrumento do assim chamado direito vivente. Utilizando livremente (e conscientemente?) a afortunada expressão “direito vivente (*lebendes Recht*)” de Eugen Eherlich, a nossa jurisprudência costuma designar com tal expressão um direito jurisprudencial, constantemente aplicado e consolidado por obra do órgão de monofilaquia ou, de qualquer modo, por uma Corte suprema. A verdade é que a sentença do juiz não exaure em si mesma os seus efeitos; ela se insere no contexto geral do ordenamento, realizando valores de igualdade, coerência e continuidade do ordenamento. O direito “vivente” resulta, portanto, não tanto das normas em si mesmas consideradas, mas argumentações jurídicas contidas nos pronunciamentos das cortes. Tais argumentações tornam-se as verdadeiras e próprias normas, ou, como quer que seja, são assim consideradas.

Nessa ótica, a prática do “direito vivente” assume particular força, inclusive teórica, e mostra ser conexa a algumas orientações do pensamento jurídico pós-moderno. Se o significado de uma lei qualquer termina por se resolver na leitura que as Cortes lhe dão, ficou evidenciado, de um lado, como a aprovação de uma lei por parte do parlamento – de *per si*, e fora da argumentação jurídica, que sobre essa não se tecer – não teria nenhum sentido. Portanto, fora da argumentação nada é possível dizer, seja sobre o significado seja sobre a própria existência da lei. De outro lado, também se sustentou que o jurista aplica, às vezes, uma estratégia “desconstrutiva”, desmontando textos legislativos e entornando as posições. Chega-se, assim, a postular que o direito se resolva nas argumentações jurídicas, e que os juízes (e os juristas em geral), manipulando os textos legislativos, tornam-se também *Law makers*.

De resto, mudou a própria relação entre juiz e lei, depois da instituição da corte constitucional. Primeiramente, através da individualização e do reenvio à Corte das questões de constitucionalidade e, em seguida, também através do instrumento da interpretação de adequação (isto é, através da possibilidade de o juiz interpretar a lei de maneira conforme a constituição), o próprio juiz acaba por assumir uma postura crítica no confronto com a lei ordinária. Neste contexto o legislador deve resignar-se a considerar as próprias leis como “partes” do direito, não como “todo” o direito. Em outros termos, o “universo jurídico” acaba por concretizar-se na atividade argumentativa da classe dos juristas, em uma contínua integração de sujeitos que compartilham preparação e mentalidade similares. (PICARDI, 2008, pág. 22 –23)

O direito vigente, ainda que esta designação não seja amplamente reconhecida, é facilmente verificado no Brasil, se realizando nas interpretações conforme exaradas pelo STF e com menor grau de oponibilidade pelos pronunciamentos dos outros Tribunais.

A introdução da sistemática das sumulas vinculantes fora um grande passo para a valorização dos precedentes judiciais no território brasileiro, mas o NCPC é ainda mais audacioso e inova ao introduzir toda uma sistemática de valorização da jurisprudência, conforme se pode depreender de breve leitura dos art.s 926 a 928, que seguem *in verbis*:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Em prestígio a segurança jurídica e a celeridade processual preceitua-se por uma estabilidade da jurisprudência pátria de forma que os entendimentos consolidados pelos Tribunais sejam auto aplicáveis nas instâncias inferiores.

Com a nítida valorização dos precedentes judiciais e a preocupação com a efetividade dos provimentos judiciais no NCPC, que erigido sob a égide da CR/88, torna-se inegável o papel ativo que é legado ao Órgão Judiciário no Estado Democrático de Direito . Mas não se pode desprezar que todos os provimentos judiciais provem de um processo dialogal, sendo a exortação do contraditório ponto fulcral para a proteção dos jurisdicionados.

Note-se que o NCPC em seus artigos 10 e 489, §1º, inciso IV, realça o caráter discursivo do processo, meio pelo qual a jurisdição é exercida, o que denota a atualidade da questão. In verbis:

Art. 10. 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 deva decidir de ofício.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

Este é o cenário para o exercício da jurisdição no Estado Democrático de Direito ao tempo em que é sustentada a necessidade de as decisões judiciais sejam mais efetivas e acomodem as finalidades introjetadas no sistema normativo, revigoram-se os precedentes judiciais, em prestígio a celeridade e segurança jurídica, e se confere maior substância ao caráter dialogal intrínseco ao processo.

4 O Fenômeno da Judicialização

4.1 Causas e implicações da Judicialização

É notório que contemporaneamente o “Poder Judiciário” vem ganhando realce e o ordenamento é deficiente quanto ao que se refere à delimitação das atribuições do juiz, órgão do judiciário, e sua extensão. O dever, irrefutável, de perseguir a efetividade e eficácia das

normas do ordenamento jurídico, não supre a complexidade do tema. E a imprevidência na fixação de uma maior delimitação da atuação do Estado-Juiz só labora em detrimento da segurança jurídica e assola o próprio Estado Democrático de Direito.

Essa pretensa disfunção do Estado pode indicar para os mais exaltados a falência do modelo de Estado pátrio ou a simples fragilidade de algumas instituições em responder as necessidades de uma sociedade a cada dia mais exigente, complexa e ávida por uma maior presteza do Estado. E neste íterim faz-se percuciente a transcrição de trecho da obra de Jacques Chevallier:

A multiplicação das ações levadas aos tribunais mostra que o juiz está encarregado nas sociedades contemporâneas de compor as diferenças de toda ordem, em vista a preservar os equilíbrios sociais: ele se vê transferir a responsabilidade de “cortar os nós górdios da história, da moral, da economia” (A. MINC, 1998); é a ele que compete “ponderar os interesses” (C.A. MORAND, dir., 1997) e definir as soluções socialmente aceitáveis.

[...]

Essa ampliação de poderio dá testemunho da fragilidade de outras instituições, tal como a família, que era tradicionalmente encarregada de regular os comportamentos e do déficit de legitimidade da própria instância política, que parece incapaz de arbitrar os diversos interesses sociais em conflito. (CHEVALLIER, 2009, p. 131-132)

Estes fatos nos escancaram a imprescindibilidade de um Órgão Judiciário que vem contemporaneamente sendo cada vez mais demandado, não obstante o crescente incentivo a utilização de métodos alternativos de solução de controvérsias, tais como a arbitragem, mediação e conciliação, que dispensam o exercício da jurisdição estatal e se desenvolvem de forma mais célere e menos dispendiosa, o que vem como uma forma de desjudicialização resultante do saturamento da via judicial e de sua ineficiência. Fato é que os meios alternativos de solução de controvérsias são desprestigiados em face da atuação do Estado-juiz devido a uma falta de confiança nestas instituições e a um comportamento conservador, situação que vem paulatinamente sendo alterada.

No tocante a crescente demanda da atuação da função jurisdicional, podemos atribuí-la há uma “judicialização crescente do tecido Social” (Chevallier, 2009, p. 134), o que vem expondo situações em que é nebulosa *a linha que divide a criação e a interpretação do direito*. Neste íterim é oportuna a definição de Luís Roberto Barroso da expressão “Judicialização”.

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento

das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2011, p. 360)

Seja pelo Estado ser portador de uma estrutura ultrapassada e incapaz de responder a dinamicidade que a atualidade requer, seja pela desídia, tantas vezes preordenada, dos Poderes Executivo e/ou Legislativo, o Poder Judiciário se vê instigado a suprir as omissões destes Órgãos, o que lhe confere realce e o destaca dos demais Órgãos. E tudo isso justifica de certo modo a operosidade do Estado-Juiz, aqui se faz oportuno a transcrição das notas de Luís Roberto Barroso que, com a nitidez que lhe é peculiar, esclarece o cenário em que se desenvolve o fenômeno da judicialização:

Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequências, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, tanto na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.”(BARROSO, 2011, p. 361-362)

Além de que a própria “incontinência legislativa” ao produzir normas incongruentes e pouco inteligíveis incita o judiciário a assentar uma interpretação que condicione a sua aplicação.

Para além das disfunções do Estado o seu próprio modelo de organização enseja o fenômeno da Judicialização, tendo em vista que o ordenamento jurídico pátrio prestigia a atuação do Judiciário ao albergar tanto o sistema de controle de constitucionalidade difuso como o concentrado, cabendo tanto ao juiz de primeira instância quanto ao Supremo Tribunal Federal (“guardião da Constituição”) zelar pela adequação das leis e atos estatais ao texto constitucional, devendo recusar a aplicabilidade daquilo que destoia da CR/88, assim como conceber interpretações dos textos infraconstitucionais mais alinhadas a Constituição (interpretação conforme), ao que Luís Roberto Barroso assinala que a judicialização no Brasil decorre, sobretudo, do:

[...] modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial. (BARROSO, 2009, p. 363)

Impende salientar a elevada posição conferida ao Supremo Tribunal Federal cometido da tarefa de subtrair a eficácia das leis que dissonam da CR/88 quando do Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, competências que fogem do exercício comezinho da jurisdição. Nas palavras de José Renato Nalini:

Expressiva a dilatação da esfera de competência do STF, no desempenho do que se costuma chamar atividade legislativa negativa. Na lição de Luís Roberto Barroso, “se o controle incidental e difuso pode enquadrar-se na função típica do Judiciário, o fato é que o controle de constitucionalidade em via principal certamente refoge ao exercício típico da jurisdição. ... Não se cuida, como no normal da atuação do Judiciário, de solucionar um caso concreto, um conflito de interesses entre partes. Aqui, constatada a incompatibilidade da norma com a Lei Maior, a consequência é a paralisação de sua eficácia e eventual retirada do mundo jurídico” (NALINI, 2010, p. 974)

O implemento da Emenda Constitucional nº 45, que instituiu a Súmula Vinculante realçou ainda mais o papel do STF, pois lhe conferiu um mecanismo de essência normativa que o aproxima mais ainda da função do Legislador, com a possibilidade de vincular todo o órgão Judiciário e Executivo ao enunciado de uma súmula.

De outro lado, a abertura ao Judiciário é ocasionada pelo modelo constitucional brasileiro, que sob uma perspectiva neoconstitucionalista é impregnado de uma elevada carga principiológica e de expressões abertas que conferem uma margem de valoração e recomendam que o Estado-juiz haja de forma concertada aos preceitos, ainda que vagos, da CR/88. Ou seja, o texto Constitucional imanta a atuação dos agentes políticos e lhes impõe que persigam a sua efetividade, o que conduz o Judiciário a uma recorrente releitura do texto infraconstitucional a luz dos ditames da Constituição. Estas parcias palavras são corroboradas pelos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni:

A obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Alias, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restara demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comparando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível. (MARINONI, 2013, p. 45)

De tudo aqui exposto pode se depreender que por si só a judicialização não se refere a um fenômeno funesto, que desafia o Estado Democrático de Direito, sendo uma implicação coerente a realidade faticamente experimentada. Alude muito mais a uma necessidade social ou a uma exigência estrutural, que propicia que se sobressaia mais que os demais Órgãos, do que a uma opção do legislador ou do próprio magistrado.

Pelo exposto, não há que se vislumbrar assertiva mais lúcida. O Estado-juiz ampara a sua atuação na conjuntura inaugurada pela própria Constituição da República, impelido pelo contexto neoconstitucionalista.

4.2 A extensão das atribuições dos juízes

Inicialmente cabe informar que o cenário em que se desenvolve a jurisdição e que nos empenhamos em delinear revela um retrocesso, posto que foi a própria extensão da atividade do Judiciário que outrora determinou a instauração do positivismo jurídico. Esse *sintoma de retrocesso* não passa despercebido aos olhos de Nicola Picardi, que ao ponderar as causas ensejadoras da expansão da atuação do Judiciário em nos tempos atuais aduz que:

Em um quadro do gênero, não podem nem ao menos passar despercebidos sintomas de regressão a uma situação não diferente daquela do antigo regime, na qual a pluralidade de fontes, a indeterminação das leis e o predomínio da jurisdição tinham gerado, na cultura iluminística, a exigência da codificação, cuja portada geral e capacidade unificante deveria ter reapresentado também uma barreira contra o arbítrio dos juízes. (PICARDI, 2008, p. 8)

Sem embargo ao entendimento de que essa abertura ao Judiciário é um retrocesso, preferimos compreender esse momento como uma evolução no Direito, amplamente institucionalizada, mas se deve reconhecer que o Legislador constituinte agiu com incúria na delimitação do Órgão Judiciário. Devendo-se recorrer em primeiro lugar ao processo enquanto complexo normativo regulador da atividade jurisdicional para balizarmos a atuação do Juiz. Em igual sentido leciona Elcias Ferreira da Costa que ao se debruçar no estudo da matéria se arrisca em elencar alguns poderes-deveres do magistrado no exercício da Jurisdição:

Em vão se procura na Constituição Federal algum dispositivo regulando deveres do juiz. Como arguente observa (sic.) Otacílio Paula Silva, prevaleceu na Assembléia Constituinte de 1986 a mentalidade paternalista. Os arts. 93, 94 e 95 da Constituição, com os respectivos itens, cuidam quase exclusivamente dos direitos e garantias dos magistrados, sem dedicar um parágrafo sequer ao deveres, limitando-se apenas a três vedações, no parágrafo único do art. 95.

A pleora de direitos e garantias inerentes à judicatura sem a contrapartida de rigorosa exigência, no que se refere ao cumprimento do dever funcional, só serve - na opinião do citado autor - para estimular abusos comissivos e omissivos que desmoralizam a instituição e aviltam o conceito perante os jurisdicionados e opinião pública.

Deve-se, por outro lado, ter presente que os poderes outorgados ao juiz pela Constituição constituem intrinsecamente deveres, na medida em que sem eles não poderia o juiz exercer plenamente o comando jurisdicional que lhe foi confiado pela investidura.

São poderes-deveres do juiz os poderes jurisdicionais de sentenciar (CPC, art. 126), de motivar a sentença (CPC, arts. 131, 458), de não proferir sentença ilíquida (art. 459, parágrafo único), o de não sentenciar ultra petita (CPC, art. 460), o poder-dever de recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito, a fim de evitar decidir por não sentenciar (CPC, art. 128) e os poderes-deveres processuais, pelos quais assegura o correto andamento do processo (CPC, arts. 130, 177, 181, 182, 342, 599, I). (COSTA, 2009, p. 219)

Para além dos limites estatuídos pelo processo, impende destacar outros limites a extensão das atribuições do magistrado, ao que se faz oportuno anotar que o mais singelo ato de interpretação a que se incumbe o Estado-juiz carrega um ato de criação do direito, visto que a interpretação se dá dentro de um contexto fático e em tempo distinto do qual a norma foi criada, devendo-se ressaltar ainda o cotejo inafastável com a CR/88. Contudo, o juiz, assim como o legislador, não cria o direito de forma desatada, estando adstrito a balizas processuais e substanciais, em igual sentido seguem os ensinamentos de Mauro Cappelletti que anota que:

[...] o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*.” (CAPPELLETTI, 1993, p. 24)

Consoante os ensinamentos de Mauro Cappelletti, a jurisdição só é exercida processualmente e isso implica em dizer que o juiz só atua a jurisdição quando instado a fazê-lo e a sua atividade pressupõe a imparcialidade e o contraditório. O que implica dizer que não é admissível que o julgador tenha algum interesse pessoal na demanda - entendemos que o Estado-juiz só está autorizado a interessar-se pela consecução da Constituição e dos preceitos legais -, e de igual modo a imprescindibilidade do contraditório, que denota o caráter discursivo que deve ser prestigiado pelo julgador.

[...] o juiz é destinado à passividade processual, no sentido de que não pode iniciar o procedimento por sua iniciativa. Outrossim, impõe-se-lhe uma atitude processual de imparcialidade, neutralidade e distanciamento, no sentido de que deve estar em posição de superioridade e neutralidade em relação às partes, impedido de decidir uma controvérsia em que esteja envolvido o seu próprio interesse. Ele é levado, enfim, a um comportamento de equânime tratamento (“fairness”) das partes do processo, no sentido de que deve garantir a todas elas adequada oportunidade de fazer valer as próprias razões. (CAPPELLETTI, 1993, p. 82)

De forma mais desenvolvida Nicola Picardi assenta que a imparcialidade, a razoabilidade, a justificação das decisões e a publicidade seriam os pontos supremos de limitação da “discrecionabilidade” do juiz, enquanto a publicidade e a motivação são os pontos determinantes do controle da decisão judicial.

a) [...] A imparcialidade constitui atributo exatamente do poder do juiz entendido como função. Imparcialidade e razoabilidade colocam, pois, o problema dos limites no plano da lógica do juiz, da argumentação e da justificação. O discurso em torno dos valores pressupõe que o juiz recorra à lógica argumentativa, isto é, às regras e aos critérios de correção do raciocínio jurídico, que não se exaurem nas técnicas interpretativas da lei. Uma vez esgotada toda possibilidade aplicativa dos cânones de interpretação, restam, realmente, vínculos posteriores de argumentação jurídica que servem ainda para assegurar a razoabilidade na valoração dos valores, e – por meio da motivação e da publicidade da decisão – um resultado correto e suscetível de ser controlado. Em outros termos, a objetividade da valoração discricionária é assegurada pelo fato de que o juiz procede, sempre, mediante raciocínios argumentativos. Trata-se de uma atividade que se desenvolve com respeito ao contraditório e segundo regras sobretudo deontológicas, com a finalidade de assegurar a escolha das melhores alternativas no âmbito interno do “razoável”.

b) Poder, pois, controlável sobre o plano da logicidade. O dever de publicidade tanto quanto o da motivação, enquanto discurso justificativo, constituem os trâmites necessários para verificar se o juiz exerceu ou não corretamente o poder discricionário. (PICARDI, 2008, p. 20)

Destarte, ante a imprevidência do constituinte não nos falta institutos delimitadores da extensão da atuação do Órgão Judiciário, institutos plenamente oponíveis ao Julgador, visto que a sua inobservância macula o processo.

5 Ativismo Judicial

A expressão ativismo judicial traduz o comprometimento do Órgão judiciário com a concretização dos valores e fins constitucionais, ampliando a atuação do Judiciário no âmbito de ação dos outros Órgãos, trata-se em verdade de uma postura proativa do Estado-juiz que muitas vezes amolda o direito ao talante do “interprete”.

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2008, p.6)

Para muitos, consiste em um comportamento considerado pernicioso, que lesa o Princípio Democrático e o Princípio da Legalidade, além de comprometer a garantia da segurança jurídica, esta última em decorrência da falta de previsibilidade da conduta do julgador.

É oportuno repisar que este movimento, pelo que já exposto, não fere o princípio da legalidade pela nova roupagem que a Constituição da República Federativa do Brasil lhe atribuiu. Quanto ao Princípio Democrático ainda que o juiz não seja representante da vontade popular, não se pode olvidar que tem sido ele a esperança da cidadania ante a descrença no Poder Público e o órgão cometido da tarefa de interpretar a Constituição de forma a lhe atribuir concretude.

Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. Tal fenômeno se manifesta na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, bem como em algum grau de ativismo judicial. Nada obstante isso, deve-se cuidar para que juízes e tribunais não se transformem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando impropriamente o debate público. Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política. Ademais, a jurisdição não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes. (BARROSO, 2011, p. 403-404).

No âmbito do Direito Processual o ativismo judicial implica no *papel ativo do juiz*, podendo tanto ser entendido como a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, o que lhe permite laborar na perseguição de elementos de cognição que iram basilar o provimento judicial, como ser compreendido como forma de ampliação da *discricionariedade* do Estado-Juiz.

Impende destacar que a ampliação dos poderes instrutórios do juiz é apontada como uma tendência que corrobora para com a efetividade e eficiência do processo.

[...] segundo recente exame realizado nos ordenamentos europeus pela doutrina italiana, nota-se nítida tendência no sentido do aumento dos poderes instrutórios do juiz, como instrumento possível para tornar mais eficaz e eficiente a gestão do processo [...] (ANDRADE, 2010, p. 121-122)

No que tange a discricionariedade do juiz, Erico Andrade em acertada reflexão, buscando eliminar equívocos anota que deve “*evitar-se, no direito brasileiro, a utilização da terminologia ‘discricionariedade judicial’, já que, de fato, não há, nesse campo, exercício de poder verdadeiramente discricionário pelo juiz,*” (ANDRADE, 2010, p. 126) visto que não há uma opção pautada pela oportunidade e conveniência, mas sim uma predileção por normas de conceito jurídico indeterminado e por normas de cunho principiológico que concederiam maior flexibilidade ao juiz e poder de adequação dos procedimentos a realidade.

[...] tanto a doutrina italiana mais atual quanto a brasileira preconizam a abertura do processo civil para a principiológica e para as cláusulas processuais gerais, mais abertas e flexíveis, permitindo maior mobilidade judicial na adaptação do processo à realidade de direito material em crise. (ANDRADE, 2010, p. 127)

O que pode para alguns denotar uma incoerência com o modelo processual do Estado Democrático de Direito, caracterizado como garantia constitutiva dos direitos fundamentais, que tem em suas bases institutivas como corolário o contraditório, a fundamentação das decisões e a presença de um Estado-juiz imparcial. Assertivas debeladas ao argumento de que uma maior flexibilidade da atuação do estado-juiz não quer significar o agir descomedido do magistrado, porque este ainda estaria vinculado ao processo no exercício da jurisdição, como anota Erico Andrade:

[...] o acolhimento constitucional do princípio do devido processo legal – associado às demais garantias que se acresceram a esta cláusula clássica, gerando a síntese moderna da garantia do “justo processo” – não impede a abertura na legislação infraconstitucional para modelos processuais mais flexíveis, que não sejam rigidamente regulados na lei, mas fundados em maior mobilidade judicial para adaptação do processo às diversas situações do direito material. Daí a conclusão de que não se pode ler a garantia do devido processo legal só literal e estreitamente como processo minuciosamente regulado na lei.

Nesse contexto, o aumento do poder de atuação judicial no processo, aí incluído o do poder instrutório, não implica, por si só, atentado ao regime democrático, ou eventual concessão a inspiração autoritária no âmbito do processo, exatamente porque o exercício de tais poderes será sempre parametrizado e balizado pelos princípios processuais, ou seja, pela síntese do princípio do justo processo como um todo. Como linha geral, pode-se afirmar que a mobilidade ou flexibilidade judicial permitida pelas cláusulas processuais mais abertas é, e sempre será, balizada ou parametrizada pelas garantias constitucionais do justo processo. (ANDRADE, 2010, p. 127-128)

Note-se que o insigne processualista estabelece um liame entre a flexibilização do atuar do juiz e a garantia do justo processo, devendo esta garantia não ser entendida somente em seu aspecto formal, mas substancial.

Atualmente, não há dúvida – pelo menos no âmbito do sistema brasileiro e dos sistemas europeus -, a maioria da doutrina caminha para sublinhar que o princípio do justo processo deve ser lido sob ótica não apenas formal. Ao contrário, a leitura deve ser orientada para um sentido substancial de justo processo, de modo que este seja voltado para a obtenção de decisões judiciais justas, no sentido de que a decisão deve ser jurídica e racionalmente correta, não só em consideração ao ordenamento positivo, mas também à realidade dos fatos.(ANDRADE, 2010, p. 129)

Não obstante, há de se ter por certo que posto cotidianamente defronte as angustias humanas é de se reconhecer o quão atraente a ideia do julgador como transformador da realidade, visto que possuidor de maior sensibilidade, mas a liberdade do julgador enseja o perigo das decisões provenientes de uma idiosincrasia deletéria.

Já basta o elemento subjetivo indissociável de qualquer ser humano a influir no julgamento, dispensando-se qualquer postura que possibilite pré-julgamentos e comprometa a construção participada do provimento jurisdicional ao favorecer uma das partes.

Atente-se que o Estado-juiz se sobrepõe ao desejo dos jurisdicionados, não querendo isso significar que o exercício da jurisdição se dê de forma opressora, mas sim que a atividade jurisdicional, por se consubstanciar em uma das Funções estatais, se dá de forma a transpor a vontade individual. Cabendo ao magistrado velar pela regularidade do desenvolvimento do processo, se pautando pela verdade construída pelas partes e laborando para que o processo reflita os princípios constitucionais.

Não se quer que a atividade jurisdicional seja minuciosamente regulada pelo processo de forma paralisante a converter o Órgão Judiciário em uma espécie de “eunuco”, mas a regulação da jurisdição deve alcançar um ponto em que a flexibilidade que se concede ao Estado-juiz seja a de realizar opções dentro de um universo restrito de possibilidades, ou seja, o Judiciário deve estar atado por preceitos determinados que impossibilitem o seu manejo por artifícios argumentativos que complementam as garantias individuais ou permitam a prevalência de juízos idiosincráticos.

Expandir as possibilidades de atuação do juiz é vitimar os jurisdicionados e os causídicos, invariavelmente reféns de um judiciário intransigente, daí o apreço pelo caráter dialogal do processo e a pertinência do NCPC em realçar este aspecto.

6 A concepção do Juiz no Estado Democrático De Direito

O juiz exerce a jurisdição pautado pelo processo e é nos limites deste (garantia primeira dos direitos e reguladora da jurisdição), que o Estado-juiz contemporaneamente é cometido da tarefa de interpretar o direito de forma concertada ao modelo do Estado Democrático de Direito, não estando o judiciário sujeito apenas as normas procedimentais, o texto constitucional lhe impõe a tarefa de ser um agente transformador da realidade, se posicionando sempre em seus julgados de forma a conferir concretude a Norma Maior, o que não quer significar que deva perseguir a ideais altruísticos de justiça no caso concreto, sob pena de infringir seu dever de imparcialidade, mas impõe a zelosa missão de observância da lei e de cotejar a norma infraconstitucional a o texto constitucional. Neste sentido Humberto Theodoro Junior anota que:

[...] a função jurisdicional não se sujeita apenas a cumprir regras e princípios constitucionais de natureza procedimental. É a Constituição mesma que o Poder Judiciário tem o encargo de tutelar. Todos os direitos fundamentais, e não apenas aqueles relacionados diretamente com o processo, têm sua guarda e efetivação conferidas aos órgãos jurisdicionais, tarefas cujo desempenho há de se ver, invariavelmente, cumprida dentro da técnica do direito processual. (THEODORO JUNIOR, 2010, p.721)

Isso não quer significar que o julgador ao aprofundar seu compromisso com o texto constitucional esteja desobrigado de se guiar pelos ditames infraconstitucionais, sob pena de perder a legitimidade de seus provimentos. O que se quer assentar é que o texto constitucional deve ser uma influência constante nas decisões do judiciário, devendo este recusar aplicabilidade há tudo que destoia da Constituição, esquivar-se da submissão ao processo assim como a qualquer norma infraconstitucional de forma despropositada é macular a ordem constitucional e exorbitar do exercício da jurisdição. É o que se depreende do magistério de Humberto Theodoro Junior:

As leis processuais comuns formam um arcabouço instrumental destinado, sobretudo, a disciplinar os aspectos procedimentais para se alcançar a tutela jurisdicional. De modo algum sua interpretação e manejo podem contrariar as regras e princípios traçados pela ordem constitucional (onde hoje se insere a essência do tratamento jurídico-institucional do processo e da jurisdição). Isto, porém, não pode ser entendido como a liberação do juiz para proceder no processo apenas com respaldo na Constituição, criando procedimentos novos e desprezando aqueles determinados pelas leis infraconstitucionais em vigor. O Estado democrático de Direito é, antes de tudo, um Estado de Direito, onde, portanto, não se vive sob regência do “direito livre” ou “alternativo”, mas lei emanada do órgão credenciado para instituir a ordem jurídica infraconstitucional. A Constituição é a lei

suprema, mas as leis ordinárias são a maneira prática e efetiva de interpretar e traduzir a vontade fundamental, direcionando-a para a grande e pacífica convivência do cotidiano. Em princípio, pois, o que se deve presumir é que as leis comuns são legítimos mecanismos de detalhamento concreto da vontade organizadora geral da Constituição. (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 726)

Tendo em vista a pluralidade das fontes normativas, a missão supletiva do juiz e o dever de conformar a lei aos preceitos constitucionais, que infundi uma substância a todo texto infraconstitucional, é inegável que o Estado-juiz ao criar o direito e realizar os desígnios da Constituição se porta como o próprio guardião de todos os ganhos auferidos com a introdução do Estado Democrático de Direito e essa é a missão do Julgador neste modelo, aplicar o direito visando à realização do texto constitucional.

7 Conclusão

No Estado liberal vigia o estado Legislativo, onde prevalecia o princípio da supremacia da lei. Hoje a lei e toda expressão de poder do Estado são imantados pelas normas constitucionais, devendo se coadunar aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

O juiz não é mais um reles funcionário público que por intermédio de uma atividade silogística aplica a norma jurídica ao caso concreto, o magistrado é um agente político incumbido da missão de, nos limites do processo e das possibilidades oferecidas pelo ordenamento, aplicar a lei ao caso concreto de forma consentânea aos preceitos constitucionais e a lei infraconstitucional. Embora, se admita o receio de que o Estado-juiz se pautar por juízos idiossincráticos, não se pode olvidar o papel de transformador da realidade e de guardião do Estado Democrático de Direito ao qual é cometido o juiz ao impor-lhe diretrizes interpretativas de cunho teleológico.

Aos manejaadores do Direito cabe não descurar da forma em que a jurisdição é exercida, para que o Estado-juiz não extrapole de suas atribuições e em prol de concepções individuais de justiça recuse a aplicabilidade da lei infraconstitucional, nesse ponto como condicionante do controle das decisões judiciais jamais deve o juiz inobservar os seus deveres de fundamentar todas as suas decisões, assegurar e promover o contraditório, e atuar de forma imparcial.

O causídico não deve se portar de forma condescendente com as formas em que a jurisdição é exercida, visto que esta deve ser exercida nos limites do processo e não de forma

desatada, visto que a garantia primeira é o processo e não o juiz, ou seja, é inquestionável o papel ativo que se confere ao Juiz, espaço esse ampliado a cada dia, o que não implica em uma atuação desatada, mas sim no exercício da jurisdição nos limites do processo e em conformidade com os preceitos constitucionais.

Destarte, o indelével influxo do texto constitucional sobre o exercício da jurisdição, implica em linhas gerais no comprometimento do Judiciário com a realização dos preceitos constitucionais, sem se perder de vista os limites da atividade jurisdicional que advêm da própria Constituição da Republica Federativa do Brasil e do Processo. Longe de se ambicionar por um Juiz comprometido com concepções socialmente aceitas ou idiossincráticas de justiça a CR/88 inaugurou um novo modelo em que o magistrado ao aplicar a lei não pode olvidar os ditames constitucionais, devendo o julgador demonstrar predileção pela interpretação construída discursivamente mais assente a Constituição da República.

Referências

ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

Acesso em 08 de novembro de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição**, 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 17 agosto 2015.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm#art1220>. Acesso em: 17 agosto 2015.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 agosto 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Deontologia jurídica: ética das profissões jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**: 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

NALINI, José Renato. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**, 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**, 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. In: THEODORO JUNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). **Primeiras Lições sobre o Novo Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.