

# CÓDIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL: SUPERAREMOS FINALMENTE O INSTRUMENTALISMO?

## CODE OF CONSTITUTIONAL PROCESS: WILL WE FINALLY OVERCOME INSTRUMENTALISM?

Lenio Luiz Streck<sup>1</sup>



O presente trabalho tem por objetivo demonstrar as razões pelas quais entendo que a elaboração de um Código de Processo Constitucional será capaz de auxiliar na solução daqueles que julgo serem alguns dos problemas mais graves enfrentados pela jurisdição no Brasil contemporâneo, em especial o instrumentalismo. Faço isso demonstrando as razões pelas quais sustento que deve ser deixada para trás a chamada "instrumentalidade do processo" e abandonar-se definitivamente as apostas no protagonismo judicial para solução dos casos. Além disso demonstro como adequada epistemologia na elaboração de um bom código será capaz de superar a figura mitológica do "bom juiz" e a importância da adoção de uma Teoria da Decisão Jurídica e de critérios de possibilidade. Esta análise está amparada

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS, na área de concentração em Direito Público. Professor permanente e pesquisador da UNESARJ, Professor visitante da Universidade Javeriana - CO. Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST. Presidente de Honra do Instituto de Hermenêutica Jurídica - IHJ (RS-MG). Membro da comissão permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, do Observatório da Jurisdição Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, da Revista Direitos Fundamentais e Justiça, da Revista Novos Estudos Jurídicos, entre outros. Coordenador do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Autor, entre outras obras, de *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica* (6. ed.); *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* (11. ed.); *Verdade e Consenso* (6. ed.), *Dicionário de Hermenêutica*, 2a. edição, além dos livros, em espanhol: *Verdad y Consenso*, *Hermenéutica y Decisión Judicial*, e *Hermenéutica Jurídica: estudios de teoría del derecho*, *Diccionario de Hermenéutica*, *Llamada conciencia de los jueces*. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito. Vem lecionando disciplinas de direito em cursos de pós-graduação lato sensu EAD desde 2017: Pós Graduação UNISC EAD, da Universidade de Santa Cruz do Sul, 2018; Direito Eleitoral EAD, da Fundação Escola do Ministério Público, Porto Alegre/RS, 2017; Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional EAD, da Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDCONST, 2018-2019; e Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo Penal EAD, da Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDCONST, 2019 (a lecionar).

no método fenomenológico-hermenêutico, sendo indissociável da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

**Palavras-Chave:** Processo Constitucional. Instrumentalidade. Protagonismo judicial. Teoria da Decisão Jurídica. Crítica Hermenêutica do Direito.

The present work aims to demonstrate the reasons why I believe that the elaboration of a Code of Constitutional Process will be able to help in the solution of what I believe to be some of the most serious problems faced by the jurisdiction in contemporary Brazil, especially instrumentalism. I do this by demonstrating the reasons why I maintain that the so-called "instrumentality of the process" should be left behind and definitively abandoned bets on judicial protagonism to solve cases. Furthermore, I demonstrate how adequate epistemology in the elaboration of a good code will be able to overcome the mythological figure of the "good judge" and the importance of adopting a Theory of Legal Decision and criteria of possibility. This analysis is supported by the phenomenological-hermeneutic method, being inseparable from the Hermeneutic Critique of Law (CHD).

**Keywords:** Constitutional Process. Instrumentality. Judicial Protagonism. Theory of Legal Decision. Hermeneutic Critique of Law.

## INTRODUÇÃO

No ano de 2020 foi criada pela Presidência da Câmara dos Deputados uma comissão para elaboração de um Código de Processo Constitucional, presidida pelo Ministro Gilmar Mendes e da qual faço parte ao lado de nomes importantes do Direito brasileiro.

De fato, a iniciativa de elaboração de um Código de Processo Constitucional se mostra salutar, não porque devemos nos ater exclusivamente às codificações ou porque se faça necessário retornar a alguma postura formalista-textualista, mas sim porque, com a existência de um Código de Processo Constitucional, poderemos rumar à superação das apostas no protagonismo dos juízes e confiar no fortalecimento das instituições.

Afinal, de nada adianta que se invista tempo e recursos para elaboração de um Código de Processo Constitucional se logo a seguir os juízes deixem de aplicá-lo em nome de uma "instrumentalidade do processo" ou de "escopos constitucionais" (em uma vulgata do velho instrumentalismo processual), com o que o Código seria natimorto.

Assentadas essas premissas, neste escrito abordarei estes problemas e as razões pelas quais entendo que a elaboração de um adequado Código de Processo Constitucional pode auxiliar na solução de tais questões, pontuando alguns aspectos dos trabalhos que venho desenvolvendo a partir da Crítica Hermenêutica do Direito.<sup>2</sup>

Na primeira parte deste texto abordarei as principais dificuldades que estão sendo vivenciadas no Brasil no tocante aos problemas enfrentados pela jurisdição, sobretudo a questão levantada pelos defensores do chamado "instrumentalismo do processo" e a longa aposta no protagonismo judicial que tem sido efetuada por seus entusiastas.

Em sequência, na segunda parte, abordarei as soluções passíveis de serem trazidas a partir da elaboração de um Código de Processo Constitucional, a importância do estabelecimento de critérios e de uma adequada Teoria da Decisão Jurídica, bem como se há ou não incompatibilidade entre a Jurisdição Constitucional e a Democracia.

Feitas estas breves considerações introdutórias, passo diretamente a analisar os principais problemas enfrentados pela jurisdição no Brasil.

## 1 O INSTRUMENTALISMO DO PROCESSO E O PROBLEMA DO PROTAGONISMO DA FIGURA DO JUIZ

Conforme venho referindo há algum tempo, há uma tarefa ainda não cumprida por parte da doutrina brasileira. Trata-se da necessidade de superarmos alguns dos principais problemas que encontramos na jurisdição brasileira contemporânea. Isto é, de nada ou pouco adianta a produção de uma legislação processual se, ato contínuo, os tribunais continuam(re)m a atuar com o mesmo protagonismo de antes, lançando mão de uma "instrumentalidade do processo" ou de "escopos constitucionais".

Assim, para que se possa superar o protagonismo judicial, o primeiro passo é a superação da chamada "instrumentalidade do processo", pela qual o processo é visto como uma simples ferramenta a serviço do poder jurisdicional, com a finalidade de atender aos chamados três escopos: o escopo social, o escopo político e o escopo jurídico<sup>3</sup>.

No caso, a partir dessa premissa, seria o escopo social o mais importante dentre estes escopos propostos pelo instrumentalismo do processo, uma vez que teria por objetivo a resolução dos conflitos para a "pacificação com justiça" e a "educação" dos jurisdicionados através da decisão judicial<sup>4</sup>. A princípio a ideia original parece interessante, mas apenas se pensarmos a tese em um universo no qual a Constituição Federal não seja levada a sério. Apostaríamos tão somente no protagonismo judicial e despreziaríamos a autonomia do Direito<sup>5</sup>.

Todavia, existe uma Constituição em vigor. Para que, então, a aposta em protagonismos? Aliás, a razão pela qual estamos discutindo a criação de um Código de Processo Constitucional é exatamente para que não haja dependência do protagonismo judicial e, sim, que haja uma codificação que norteie o direcionamento dos processos.

Nesse sentido, cumpre destacar que ideia da instrumentalidade do processo surgiu a partir de uma

<sup>2</sup> Sobre a CHD, ver, principalmente: STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica E(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. 11. ed. 4ª Tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021; STRECK, Lenio. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014 e o STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. Além disso, recomendo a leitura das colunas semanais do *Senso Incomum*, que são publicados no *Conjur* todas as quintas-feiras.

<sup>3</sup> Nesse sentido, ver, por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 33. ed. Salvador: Juspodvim, 2021.

<sup>4</sup> Uma crítica consistente ao instrumentalismo é feita por FILHO, Antonio Carvalho. #ABDPRO2 Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual. *Empório do Direito*. São Paulo, 11 out. 2017. Disponível em: <https://emporiოდireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-al-por-antonio-carvalho-filho#.YUyJnLVzH0k>.link. Acesso em: 10 ago. 2021.

<sup>5</sup> AUTONOMIA DO DIREITO. //: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 31 - 40.

idealização da figura do juiz, personificado em um “bom juiz”, aquele que é um representante do povo, possuindo uma legitimidade democrática semelhante a de um parlamentar, que deve estar prestando atenção aos anseios da sociedade, bem como suas motivações<sup>6</sup>. Enfim, faz-se uma aposta muito alta na figura do juiz, enquanto protagonista do processo e pouco se faz pela autonomia do Direito.

Entre outros problemas, essa aposta na figura do juiz está relacionada àquilo que venho chamando de pamprincipiologismo<sup>7</sup>. Trata-se de um desvio de finalidade do Direito, por meio do qual a doutrina e o judiciário apostam na construção de princípios sem lastro normativo, conforme deixo claro nos verbetes Princípios e Pamprincipiologismo no Dicionário de Hermenêutica<sup>8</sup>.

Ademais, abordo este assunto há muito tempo. No meu livro “Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas”, lembro o discurso de Oscar Bülow proferido perante o Imperador, no qual defende que a tarefa de recepção do direito romano é dos juízes, dando origem ao que se denomina de solipsismo judicial<sup>9</sup>. No entanto, deve ser salientado que, neste caso, há um contexto no qual o discurso de Bülow estava inserido.

Ademais, sob essa perspectiva, a relação publicística em que o juiz é visto como um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, com poderes para além da lei, está sempre presente. Eis que aí surge um problema de extrema gravidade, porque foi esse pensamento que viabilizou o surgimento posterior da escola do Direito Livre, a qual se mostrava em direta oposição ao formalismo em suas diversas formas (pandectismo alemão, Escola da Exegese na França ou ainda a Jurisprudência Analítica inglesa, as três formas do positivismo do século XIX).

Esta questão que surge em Bülow e posteriormente passa, também, por Anton Menger e Franz Klein, pode ser vista em Giuseppe Chiovenda para quem “a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz diz

ser a vontade concreta da lei”<sup>10</sup> ou então em Carnelutti para quem o objeto da jurisdição é “prover” ou “fazer o que seja necessário”. Ou ainda em Eduardo Couture, para quem, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, “o problema da escolha do juiz é em definitivo o problema da justiça”<sup>11</sup>.

A princípio, este pensamento pode parecer sedutor: entre a letra da lei e a Justiça, é melhor que se fique com a Justiça, como dizia Couture. Todavia, a questão é mais profunda. Não se pode desprezar o Direito em nome do protagonismo do juiz. Em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo, é melhor confiar no Direito do que na boa (ou má) vontade do juiz.

Aliás, cumpre destacar, também nessa linha “protagonística, o pensamento de Enrico Tullio Liebman, para quem “o juiz no exercício da jurisdição não tem vínculos enquanto intérprete qualificado da lei”<sup>12</sup>. Sob essa perspectiva, se o juiz não possui “vínculos”, ele decide como quer.

No Brasil, esta questão da dependência do juiz atravessou o século XX. Veja-se, por exemplo, a obra Carlos Maximiliano e Paulo Dourado de Gusmão. Tais questões estão diretamente ligadas ao instrumentalismo processual que venho denunciando de há muito, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos que permitem que o juiz realize determinações jurídicas mesmo que estas não estejam de acordo com o direito legislado. Assim, o aperfeiçoamento do sistema jurídico estaria condicionado a uma “boa escolha” efetuada pelo juiz e de um “sadio protagonismo”.

Neste sentido, destaco o posicionamento de Francisco Borges Motta, elaborado em consonância com a Crítica Hermenêutica do Direito, acerca do Formalismo Valorativo que surgiu a partir de uma tentativa de superação de questões formalistas, o qual acaba caindo, também, em um demasiado subjetivismo<sup>13</sup>.

Em síntese, o instrumentalismo, ou seja, o nome que se dê ao protagonismo judicial, procura

<sup>6</sup> FILHO, Antonio Carvalho. #ABDPRO2 Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual. Empório do Direito. São Paulo, 11 out, 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho#YUyJnLVzHOk.link>. Acesso em 10/08/2021.

<sup>7</sup> Para uma definição mais detalhada do que vem a ser o pamprincipiologismo, ver o verbete “Pamprincipiologismo” do meu Dicionário de Hermenêutica, em que abordo quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito na perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito. (STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 247.)

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

<sup>9</sup> Para uma definição mais detalhada do que vem a ser o solipsismo, ver o verbete “Solipsismo” do meu Dicionário de Hermenêutica, em

que abordo quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito na perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito. (STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 405). Ver também STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>10</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. v. 1. Campinas: Bookseller, 2000. p. 64.

<sup>11</sup> COUTURE, Eduardo Juan. *Introducción al estudio del proceso civil*. Imprenta: Buenos Aires, Depalma, 1988. p. 58.

<sup>12</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale*. v. 1. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1992. p. 4.

<sup>13</sup> Para mais acerca desta questão ver: MOTTA, Francisco José Borges. Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

resolver o problema da efetividade do processo a partir de certa espécie de delegação em favor do julgador, conferindo a ele maiores poderes para reduzir as formalidades que “impedem” a realização do direito material em conflito, por meio de um novo princípio processual, decorrente da instrumentalidade das formas, o “princípio da adequação do procedimento a correta aplicação da técnica processual<sup>14</sup>”. Aqui vale lembrar, por todos, a visão de Bedaque, para quem o julgador é capacitado para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo as especificidades da situação que não é sempre a mesma, devendo o juiz ser investido de amplos poderes de direção<sup>15</sup>.

Ademais, quando falamos em instrumentalismo é impossível esquecer os clichês recorrentemente repetidos, como, por exemplo: “quanto mais o legislador dê valor a formas abertas, sem conteúdo jurídico definido, mais o juiz poderá adaptá-las às necessidades do caso concreto”. Ora, era exatamente essa denúncia que era feita na Alemanha acerca das cláusulas gerais. Esse instrumentalismo se repete no Direito Civil a partir da doutrina do poder interpretativo do juiz nas cláusulas gerais, sendo defendido por alguns autores que estas cláusulas gerais sejam preenchidas pelo juiz com amplo subjetivismo e até ideologicamente.

Já no processo penal não podemos esquecer chavões que expressam velhos mitos como, por exemplo, a “livre apreciação da prova”, a “busca pela verdade-real” e o “livre convencimento” ou, ainda, de maneira prática, a dificuldade na solução da questão dos embargos declaratórios ou a dificuldade para que se faça cumprir o art. 315 do CPP, no qual são estabelecidas as seis cláusulas que forçam uma fundamentação mais robusta na sentença, estabelecendo uma espécie de heurística.

No âmbito do direito constitucional, é possível encontrar essa perspectiva a partir da utilização, sem qualquer critério, de princípios que se transformam em alibis persuasivos, fortalecendo cada vez mais o protagonismo judicial. A partir dessa perspectiva se estabelece uma versão vulgarizada do que seria o método da ponderação, usada de forma descriteriosa. Lembro, nessa linha, o trabalho de Fausto de Moraes, demonstrando que, ao longo de uma década, o próprio Supremo Tribunal Federal, em 189 casos nos quais invocou a proporcionalidade e a ponderação, não adotou aquilo que fora originalmente proposto por Robert Alexy em sua obra<sup>16</sup>. A ponderação alexyana é uma questão complexa, mas que é recorrentemente utilizada como trunfo retórico para colocar em jogo o protagonismo judicial e soltar as amarras interpretativas.

Feitas estas considerações, surge a questão inexorável que deve ser respondida: seria a elaboração de um código de processo constitucional a solução para questão do protagonismo judicial? É exatamente sobre esse questionamento que tratarei a seguir.

## 2 O CODIGO DE PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DO INSTRUMENTALISMO

Há um debate contemporâneo, no âmbito denominado “diálogos institucionais”, que trata da (in)compatibilidade entre Jurisdição e Democracia. Essa questão assume maior complexidade quando o país adota o modelo de controle difuso de constitucionalidade ao lado do controle concentrado.

Para autores como Jeremy Waldron, a resposta seria assertiva: sim, a jurisdição constitucional é antidemocrática. No entanto, não me filio a essa corrente, porque entendo não haver incompatibilidade entre a democracia e o seu controle feito pela regra contramajoritária da Jurisdição Constitucional.

Todavia, uma vez admitida a tese de que não há incompatibilidade entre a Jurisdição Constitucional e a Democracia, cria-se um ônus argumentativo, que deve ser superado para demonstrar as condições de possibilidade pelas quais a Democracia não se transformará em uma “Juristocracia”, evitando, assim, que a jurisdição faça uma fagocitose (no sentido ruim da palavra) da legislação e da própria Constituição.

Nesse sentido, o jusfilósofo Matthias Jestaedt faz uma crítica dura à jurisdição constitucional feita pelo Tribunal alemão. Diz o jusfilósofo que é muito difícil para o legislador concorrer com o Tribunal, porque o legislador passa meses fazendo acordos e trabalhando para que se possa aprovar uma determinada legislação, enquanto para o Tribunal basta uma tarde e alguns votos para alterar a legislação. Tratar-se-ia, portanto, de uma concorrência desleal, um “positivismo jurisprudencialista<sup>17</sup>” no qual os tribunais impõem legislações como se fossem legisladores.

No entanto, a razão pela qual acredito e participo da elaboração deste Código de Processo Constitucional decorre do otimismo que tenho acerca de uma legislação processual bem construída, que pode impedir estes problemas e fazer com que o Direito não seja refém do protagonismo judicial.

Nesse sentido, há muito venho suscitando esta pergunta: o que é isto, o Direito? Os adeptos do realismo jurídico (e suas vulgatas voluntaristas) dirão que o Direito é aquilo que os tribunais dizem que ele é. Se assim fosse não seria mais Direito, mas, sim, “aquilo que

<sup>14</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 133.

<sup>15</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 133.

<sup>16</sup> MORAIS, Fausto Santos de. Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2018.

<sup>17</sup> Esta discussão sobre Jestaedt se encontra em meu Dicionário de Hermenêutica, já citado anteriormente.

os tribunais dizem que é". Portanto, outra coisa. Outros dirão que o Direito é apenas uma manifestação de poder. Nesse caso, se é uma manifestação de poder, também não é mais Direito. Já os adeptos da Análise Econômica do Direito dirão que o direito é aquilo que passar por uma Análise Econômica. E assim por diante.

Ademais, sempre haverá aqueles que dirão que a moral corrige o Direito. Todavia, se a moral corrige o Direito, já não há mais Direito, há moral. Nesse caso, quem corrigirá a moral? Alguns responderão, o Direito. E, assim, estará estabelecido um ciclo infundável. Por tais razões, sem cair na cisão positivista "direito-moral", defendo a tese de que, no Estado Democrático de Direito, há um grau acentuado de autonomia do direito, que é produto da moral, da economia e da política.

Defender que exista uma autonomia do Direito não é defender uma tese positivista, seja ela oriunda do positivismo "hard" ou, então, do positivismo inclusivo ou, ainda, do velho textualismo. Ao contrário, o Direito está entrelaçado com a moral, com a política e com a economia. A questão reside no seguinte ponto: uma vez posto o Direito, o papel do judiciário é o de realizar uma costura ou um ajuste (*fix*, no dizer de Dworkin), e não o de construir um Direito novo ou substituir o Direito pela vontade do julgador.

Faz-se necessária uma robusta base epistemológica para a construção de um código de processo constitucional, sem a ilusão acerca de uma mítica plenipotencialidade de textos legais e com a convicção de que não se pode cair na (falsa) dicotomia textualismo-voluntarismo. Esse é o desafio. Talvez o problema resida muito mais na Teoria do Direito do que no próprio objeto. Isto é: com quais matrizes teóricas contamos para interpretar e aplicar as leis? Esta é a pergunta que deve ser feita.<sup>18</sup>

O remédio para a questão do protagonismo judicial e para o debate entre democracia e jurisdição, bem como para que seja evitada a transformação da democracia em uma "juristocracia" é a existência de uma teoria da decisão jurídica, assim como se faz necessário que o direito cumpra sua função e que o direito controle o poder.

Historicamente, o Brasil não mostrou preocupação com a decisão jurídica. Uma das razões dessa ausência pode estar nos rumos que a própria Teoria do Direito tomou a partir do segundo pós-guerra. Basicamente, estabeleceram-se duas vertentes, uma mais ceticista, na qual se incluem, grosso modo, as

diversas teorias e posturas pragmatistas, como a análise econômica do direito, o realismo e outras teorias (empiristas) afins, e outra mais conservadora e formalista, que apostou em um certo grau de autonomia do Direito.

No Brasil, podem ser identificadas no decorrer das décadas o dualismo "formalismo-realismo", como que a repetir, de algum modo, aquilo que foi denunciado por Herbert Hart no seu Conceito de Direito, sob o título "ceticismo e formalismo".

Assim, dentro desta divisão, nenhuma das duas posturas necessita de uma teoria da decisão jurídica, uma vez que, para os pragmatistas, não há necessidade de critérios porque o poder é o próprio critério; já para os formalistas, também não há necessidade do estabelecimento de critérios, porque a legislação já é o critério<sup>19</sup>.

Veja-se que o tempo foi passando e estas questões não foram resolvidas adequadamente, razão pela qual chegamos aos nossos dias com um grave problema de protagonismo judicial e até mesmo de efetividade da Constituição, bem como um grave problema gerado pelo ativismo judicial<sup>20</sup>.

De todo modo, existem elementos objetivos que apontam para a utilidade de um Código de Processo Constitucional. O caso do habeas corpus é emblemático. Por qual razão o Supremo Tribunal Federal necessita intervir para conceder habeas corpus para furtos insignificantes? Uma adequada normatização pode resolver o problema já no primeiro e no segundo graus de jurisdição.

## CONCLUSÃO

Busquei abordar, de maneira bastante breve e direta, as razões pelas quais julgo salutar a elaboração de um Código de Processo Constitucional. Como visto, entendo que, por meio da elaboração de uma codificação bem "amarrada", poderemos superar os principais problemas que vivenciamos atualmente no âmbito da jurisdição constitucional.

Na primeira parte, abordei justamente aqueles que julgo serem os mais graves problemas da jurisdição constitucional contemporânea: a instrumentalidade do processo, em que o mesmo é visto apenas como uma ferramenta; e o principal problema que é justamente a alta aposta efetuada nesse protagonismo judicial.

De todo modo, resta a pergunta: será o Código de Processo Constitucional capaz de nos livrar do

<sup>18</sup> Como apontei, venho me dedicando a responder essa questão há mais de 20 anos.

<sup>19</sup> Para uma análise mais apurada acerca da questão: STRECK, Lenio Luiz. 30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro, Forense, 2018.

<sup>20</sup> Digo que o problema não foi amplamente resolvido, porém salientando que na minha Teoria da Decisão Jurídica estabeleço três perguntas fundamentais que se adequadamente respondidas

separam adequadamente o que é ativismo judicial e o que é judicialização da política. Para uma aplicação prática ver o caso do Homeschooling, RE 888815/RS. In: STRECK, Lenio Luiz. *Homeschooling* e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão. In: Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 27 out 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-27/obse rvatorio-constitucional-homeschooling-tres-perguntas-fundamentais-teoria-decisao>. Acesso em: 26 mai. 2022.

instrumentalismo? Se a resposta for negativa, o código será inútil. Mas, se a resposta for positiva, estaremos diante de um novo paradigma no qual poderemos confiar muito mais nas estruturas do que no protagonismo.

Numa palavra, um Código adequado não resolve problemas de jurisdição; porém, um Código pode servir como obstáculo à tentativa de transferir, no âmbito dos diálogos institucionais, o polo de tensão da legislação para a jurisdição.

Evidentemente que, para isso, necessitamos de critérios para decidir. Não é proibido que se faça uma heurística, estabelecendo barreiras ao decisionismo (um bom exemplo é o artigo 489, do CPC, reproduzido no artigo 315, do CPP). Por outro lado, isso implica não sucumbir às teorias que colocam na vontade do poder o próprio critério decisório. É nesse sentido que construí, ao longo de duas décadas, a Crítica Hermenêutica do Direito, pela qual proponho uma base teórica e uma heurística jurisdicional<sup>21</sup>.

## REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. v. 1. Campinas: Bookseller, 2000.

COUTURE, Eduardo Juan. *Introducción al estudio del proceso civil*. Imprenta: Buenos Aires, Depalma, 1988.

DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Teoria Geral do Processo. 33. ed. Salvador: Juspodvim, 2021.

FILHO, Antonio Carvalho. #ABDPRO2 Precisamos falar sobre o instrumentalismo processual. Empório do Direito. São Paulo, 11 out, 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-2-precisamos-falar-sobre-o-instrumentalismo-processual-por-antonio-carvalho-filho#.YUyJnLVzHOk>.link. Acesso em: 10 ago. 2021.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manuale di diritto processuale*. 3. ed. v. 1. Milano: Giuffrè Editore, 1992.

MORAIS, Fausto Santos de. Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Imprenta: Salvador, JusPODIVM, 2018.

MOTTA, Francisco José Borges. Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

STRECK. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK. 30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF. Imprenta: Rio de Janeiro, Forense, 2018.

STRECK. Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão. //: Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, 27 out 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-27/observatorio-constitucional-homeschooling-tres-perguntas-fundamentais-teoria-decisao>. Acesso em: 10 ago. 2021.

STRECK. Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

STRECK. Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2020.

STRECK. Hermenêutica Jurídica E(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

<sup>21</sup> Veja-se, nesse sentido, obras como STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017; STRECK, Lenio. Lições de Crítica Hermenêutica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; STRECK, Lenio. Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck. 2. ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio. Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2020; e STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz crítica hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.