

OS REFLEXOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO SOBRE O PROCESSO E SOBRE A ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO

Daniel Souza Faria¹

SUMÁRIO: Introdução – 1. Evolução histórica do Estado de Direito; 2. Neoconstitucionalismo e mudança de paradigmas; 3. Nova abordagem do Direito Processual; 4. A jurisdição à luz da processualística contemporânea – Conclusão; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O papel do processo e da própria função jurisdicional do estado variaram consideravelmente quando analisados sob à luz do modelo de estado de direito vigente e, ainda, quando confrontados com o movimento constitucionalista de sua época.

Conforme será analisado, a evolução do estado de direito e do movimento constitucionalista acarretou sucessivas mudanças paradigmáticas que colocaram em cheque a atividade jurisdicional há muito arraigada.

A processualística, igualmente, ganhou contornos de cientificidade após longo período de estreita relação com o direito material, deste apartando-se por completo, com vistas a se autoafirmar, para, posteriormente, voltar a manter íntima relação com o direito objetivo (como há muito denominado), com o claro propósito de efetivá-lo.

A era positivista, conforme será abordado, deu lugar a uma nova teoria do direito que gerou muita inquietação por aqueles habituados a viver uma exegética exacerbada e comandada pelo Legislativo. O novo modelo lapidado configurou uma quebra de paradigmas tão brusca que até na forma de denominá-lo foi possível visualizar opiniões distintas: houve quem o chamasse de pós-positivismo; outros, neoconstitucionalismo; ainda houve os que o denominaram positivismo reconstituído ou reconstruído.

Porém, como toda mudança na forma de pensar enseja críticas positivas e negativas, esse novo modelo não poderia ter se mostrado excepcional. E ele gerou profundas mudanças na forma de enxergar o processo e a jurisdição estatal, como buscaremos aclarar.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO DE DIREITO

A história nos mostra que o Estado não está alheio a um processo evolutivo. Buscando acompanhar a evolução da própria humanidade, ele precisou sofrer certos

¹ Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza. Ex-Defensor Público do Estado do Acre. Defensor Público do Estado de Sergipe.

ajustes, que em determinados momentos ocorreram de maneira brusca e conflituosa; em outros, de forma lenta e pacífica.

Pode-se afirmar que o Estado experienciou quatro etapas bem definidas, quando analisado sob o enfoque do movimento constitucionalista². Inicialmente, temos o Estado Antigo, que vem desde a Antiguidade até o início do século XVIII. A primeira experiência constitucional de que se tem notícia foi a do Estado Hebreu³. Grécia, depois Roma e em seguida Inglaterra também viveram experiências constitucionais.

Em meados do século XVIII, o Estado vive um novo momento. A revolta burguesa, inspirada pelos ideais iluministas, põe em cheque os governos absolutistas, abrindo espaço, portanto, para um período denominado de Estado Liberal de Direito. Surgem, neste momento, as primeiras constituições escritas, formais e rígidas, como a constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, e a constituição da França, de 1789, fruto da Revolução Francesa. É o período conhecido como constitucionalismo clássico ou liberal.

Interessante destacar que, no Estado Liberal de Direito, com o surgimento de constituições escritas, nasce a ideia de um estado sujeito ao Direito. Já não há mais espaço para poderes absolutos de monarcas⁴. O governo está limitado pelas normas escritas (inclusive as da constituição) criadas pelos representantes do povo. Fácil perceber, portanto, que neste momento há uma clara supremacia do Poder Legislativo estatal. É o povo quem dita, agora, os rumos da nação.

Com o constitucionalismo clássico ou liberal surgem os primeiros direitos fundamentais. São os direitos civis e políticos, direitos de primeira geração, representados pelo ideal de liberdade, sendo direitos de caráter negativo⁵. O Estado Liberal de Direito, sujeito ao império da lei, tem por característica ser abstencionista, ou seja, não-intervencionista. É o que se denomina “liberdade dos modernos”. Assim, a função do estado, neste período, é basicamente realizar a defesa da ordem e da segurança públicas (estado mínimo).

² O movimento constitucionalista tem por ideais principais a garantia de direitos fundamentais, a separação de funções estatais e a existência de um governo com poderes limitados. Percebe-se, claramente, que trata-se de um movimento que busca acabar com modelos absolutistas, procurando delimitar o campo de atuação do governo e definir, com clareza, os direitos dos administrados frente ao poder estatal.

³ Conforme relata NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 19.

⁴ Além de pôr fim a poderes absolutistas para dar espaço a governos submissos ao império da lei, há igualmente outra quebra de paradigma: passa-se de governos irresponsáveis para governos responsáveis pela má gestão da coisa pública. Assim, a ideia que vigeu por muitos séculos de que o monarca não cometia erros para com seu povo – cunhada nas expressões inglesa “the king can do no wrong” e francesa “le roi ne peut mal faire”, perde sua razão de ser.

⁵ A noção de geração de direitos é fruto do intelecto de Karel Vasak, tendo sido tornada pública por Norberto Bobbio em 1979. Atualmente, estudiosos têm demonstrado pouco afeto pelo termo “geração”, já que direitos fundamentais de uma geração não podem ser substituídos por direitos de uma geração seguinte, ante a característica da historicidade, complementaridade e irrenunciabilidade dos direitos fundamentais. Assim, propugnam pela adoção do termo “dimensão” de direitos, o que nos parece mais apropriado, como ensina NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 403.

O surgimento de um Estado Liberal, encabeçado pela burguesia, agora cada vez mais poderosa ante a industrialização do ocidente, fez com que o constitucionalismo clássico começasse a entrar em colapso. A ideia de um estado mínimo, abstencionista, fez com que ocorresse uma substituição da figura do detentor do poder, que antes era uma só pessoa – o monarca, e agora passou a um legislativo composto, unicamente, pela rica classe burguesa. Isso culminou no enriquecimento de um pequeno grupo de pessoas frente ao empobrecimento de uma grande massa que sofria, agora, as agruras de uma falsa supremacia popular.

Alcança, então, o Estado, uma nova etapa evolutiva. O constitucionalismo clássico-liberal, ao se mostrar incapaz de suprir as necessidades do povo em geral, cede espaço ao constitucionalismo moderno, também conhecido como constitucionalismo social.

O Estado Social de Direito, fruto deste período, sujeita-se, igualmente, ao império da lei e à supremacia da constituição. Porém, deixa de ser um estado mínimo para ser um estado provedor. Surgem, aqui, os direitos de segunda geração, representados pela ideia de igualdade⁶. São os direitos econômicos, sociais e culturais, com feição marcadamente positiva, e não abstencionista. Nasce a ideia de “welfare state”, ou seja, o estado do bem-estar social.

O legislativo, que assumia, até então, uma posição de protagonista, já não consegue responder aos reclames da sociedade, haja vista ser ínsita a sua atuação o debate, a discussão das propostas legislativas, o que demandava um lapso temporal considerável, incompatível com as necessidades sociais que se mostravam urgentes. Assume, assim, o Poder Executivo, o papel de protagonista deste período, atuando de forma rápida e proativa, realizando a justiça social há tanto almejada, através da garantia de um mínimo de bem-estar.

O Estado Social de Direito, porém, entra em colapso, dando espaço a uma nova ideia de estado, que deveria ser submisso a uma constituição efetiva e com força normativa e, além disso, abrir espaço às várias vozes existentes no corpo social⁷. Surge, portanto, o Estado Democrático (ou Constitucional) de Direito, fruto de um constitucionalismo contemporâneo, que traz consigo um novo conjunto de direitos elencados como de terceira, quarta e até quinta gerações.

Os direitos de terceira geração são representados pelo valor fraternidade⁸, sendo direitos de caráter difuso (transindividuais), como o direito ao desenvolvimento/progresso; o direito de autodeterminação dos povos; o direito ao meio ambiente saudável; o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade etc.

⁶ Importante frisar que no Estado Social de Direito já não vige a ideia de “liberdade dos modernos”, ou seja, de uma igualdade meramente formal, sob a ótica da lei, como fruto do não intervencionismo estatal. A igualdade idealizada, neste período da evolução estatal, é a igualdade material, substancial, efetivada no plano do ser, e não apenas no plano do dever ser.

⁷ Percebe-se a clara mudança de paradigma: parte-se do império da lei para a força normativa da constituição.

⁸ É possível perceber que os direitos de primeira, segunda e terceira gerações já haviam sido preconizados desde o século XVIII, durante a Revolução Francesa, que ostentava bandeira com o tríplice lema da liberdade, igualdade e fraternidade - “liberté, égalité et fraternité”.

Direitos de quarta dimensão são aqueles que buscam efetivar a pluralidade, o direito das minorias⁹. São os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Impende destacar que surge, aqui, novo conceito de democracia, que deixa de ser formal (ideia de vontade da maioria, alternância de poder e eleições periódicas) para assumir viés substancial, ou seja, tornando-se numa possibilidade de efetiva fruição de direitos pelas minorias¹⁰. Além disso, a noção de pluralismo é a mais ampla possível, ou seja, abarca o pluralismo político, religioso, cultural, artístico, de orientação sexual etc.¹¹

Inovando na classificação dos direitos fundamentais, o constitucionalista cearense Paulo Bonavides elevou o direito à paz ao *status* de direito de quinta geração, direito que, conforme o estudioso, é fruto da nova realidade constitucional em que se encontram muitos países, principalmente, ocidentais¹².

No constitucionalismo contemporâneo, vivido pelo Estado Democrático de Direito, o protagonista deixa de ser o Legislativo (Estado Liberal) e o Executivo (Estado Social), assumindo esse papel o Poder Judiciário, principal protetor e realizador do Direito (no que se inclui, destacadamente, a constituição).

O Estado Democrático Constitucional visa, assim, superar as deficiências do Estado Liberal e do Estado Social e sintetizar as conquistas das experiências anteriores, o que reflete, portanto, no somatório de todas as gerações de direitos já alcançadas. Preocupa-se, este novo modelo de estado, com a efetivação material dos direitos fundamentais. Além disso, o Legislativo fica limitado frente às imposições da constituição, que assume um caráter rígido e apresenta cláusulas imodificáveis. A constituição, como se percebe, assume papel central no ordenamento vigente¹³. É que apesar de, desde o Estado Liberal, já ser a constituição escrita uma realidade, ela só obtém força normativa com essa nova etapa constitucional (constitucionalismo contemporâneo), sendo, pois, o ápice do ordenamento jurídico em que todas as demais normas lhe devem respeito.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E MUDANÇA DE PARADIGMAS

⁹ Esses direitos têm estado na pauta da mais alta corte brasileira. O Supremo Tribunal Federal julgou, recentemente, várias causas envolvendo o direito das minorias, como, por exemplo, a questão da união homoafetiva (ADI 4277 e ADPF 132) e a constitucionalidade das quotas raciais (ADPF 186) e do Prouni (ADI 3330). Tem, assim, reafirmado o papel contra-majoritário do Poder Judiciário como meio de realização da vontade constitucional.

¹⁰ Essas são as lições inseridas na obra de NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 45.

¹¹ Vale relembrar as lições de Boaventura de Sousa Santos, quando afirma que “temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; e o direito de ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”.

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 37.

¹³ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 37, leciona que fala-se, atualmente, numa “terceira via” entre o Estado Social e o Estado Democrático, o que tem sido chamado de “constitucionalismo do futuro” por José Roberto Dromi, cuja ideia principal é consagrar o equilíbrio entre as conquistas do constitucionalismo moderno (Estado Social) e os excessos do constitucionalismo contemporâneo (Estado Democrático), excessos esses perpetrados, principalmente, pela ativa atuação do Poder Judiciário.

Durante o Estado Liberal e o Estado Social de Direito, o mundo viveu um período de acentuado positivismo jurídico. As razões para que assim o fosse são várias. Pode-se destacar, por exemplo, a forte influência das ciências naturais, já que o homem passava por um rápido processo de industrialização e descobertas científicas.

Havia, ainda, um forte clamor por normas positivadas que não dessem margem a atuações arbitrárias do poder estatal. Como o princípio da legalidade, para a administração pública, significa a possibilidade de atuação pelo poder público somente quando a lei o autorizar¹⁴, era conveniente que se deixasse bem claro (através de normas expressamente escritas – positivadas) quais eram os limites para a atuação dos gestores da coisa pública, pois, caso contrário, estar-se-ia abrindo brechas ao arbítrio estatal.

Assim como nas ciências exatas, pensava-se o Direito como fruto de uma regra de subsunção, ou seja, diante da verificação de determinado fato, ocorreria a incidência de uma norma específica, produzindo certa e determinada consequência jurídica, numa fórmula rigorosamente imutável¹⁵.

Verifica-se, portanto, que o aplicador do Direito estava vinculado às normas editadas pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo (neste último caso, principalmente durante o Estado Social de Direito), não podendo interpretar ou aplicar a lei de forma diversa da propugnada pelo legislador. Diante de um fato, não poderia julgar de forma que sua decisão destoasse da consequência jurídica prevista pela hipótese normativa incidente ou mesmo que com ela conflitasse, sob pena de subverter a regra da separação de poderes, colocando em cheque o próprio Estado de Direito.

Nesse período, a atuação do judiciário é voltada à mera realização da vontade do legislador, mostrando a absoluta falta de normatividade da constituição. O judiciário não passava, assim, de mera “boca da lei”, tradução da sugestiva expressão francesa “le juge est la bouch de la loi”. Quem realizava o Direito, portanto, era o legislador, conforme a sua vontade e avaliação abstrata dos valores vigentes, não se importando com os valores e preceitos trazidos no bojo da carta constitucional (já que essa não tinha qualquer força normativa) ou mesmo com a realização da justiça no caso concreto.

O constitucionalismo contemporâneo surge, então, como corrente contrária ao constitucionalismo clássico e moderno, ambos de feição positivista e exegética. A esse novo momento vivido pelo movimento constitucionalista, dá-se o nome de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo busca superar a dicotomia que existia entre direito natural (fortemente refutado pelos positivistas, pois para eles o que valia era a norma fruto da criação do legislador) e o direito positivo, tentando, assim, equilibrar as duas vertentes.

¹⁴ Diferentemente da ideia de princípio da legalidade a que se submetem os administrados, já que estes estão autorizados a fazer tudo aquilo que a lei (o Direito) não lhes proíbe, conforme ensinamentos de Fernanda Marinela (in MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012).

¹⁵ Havia uma separação cartesiana entre sujeito (o intérprete) e o objeto (o texto da norma), conforme Daniel Sarmiento (in NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: teoria da constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 46).

Nessa nova fase pretende-se, ainda, consagrar o conteúdo moral do direito: desta forma, abre-se espaço para a valoração do Direito positivado (ou não positivado, como os princípios que decorrem do ordenamento jurídico) diante do caso concreto, permitindo que o sentimento de justiça se aflore, já que ela passa a ser fruto da aplicação do “melhor” Direito ao caso concreto, e não somente daquela norma previamente prevista pelo legislador.

Com o pós-positivismo, a constituição é elevada ao patamar de principal norma do ordenamento jurídico. Passa a ser o centro do ordenamento, irradiando seus preceitos a todos os poderes constituídos e, igualmente, a todos aqueles que se encontrarem no território soberano.

O legislador, portanto, não mais é soberano em suas decisões, devendo respeitar os preceitos impostos pela Carta Magna, em uma clara limitação a sua atuação típica. Igualmente, passa o Executivo a ter que observar os mandamentos constitucionais, pois igualmente não se sobrepõe ao constituinte originário. Já o Judiciário deixa de ser mero aplicador da lei, absorvendo a importante função de pacificador social (numa ótica material, substancial), aplicando o Direito (e não somente a lei positivada) ao caso concreto, realizando a justiça material.

Humberto Ávila foi célebre ao sintetizar essas mudanças paradigmáticas. Para o autor, são quatro os fundamentos do neoconstitucionalismo. O primeiro fundamento é de ordem normativa: parte-se da regra em direção ao princípio. Assim, o pós-positivismo consagra o princípio como espécie de norma, de forma a corroborar o dito supra: o órgão julgador deixa de ser mero aplicador frio da lei para, valendo-se dos princípios implícitos e explícitos do ordenamento jurídico (principalmente os de ordem constitucional), realizar o Direito em sua máxima plenitude, materializado a paz social.

Por outro lado, o neoconstitucionalismo apresenta um fundamento metodológico: parte-se da subsunção para a ponderação de direitos. Como visto antes, no positivismo jurídico o aplicador do direito, ao ter contato com a peleja do caso concreto, aplicava o direito que disciplinava aquela relação jurídica. Era como uma fórmula matemática: diante do fato, aplicava-se a norma específica, criando uma consequência jurídica abstratamente predeterminada. Isso gerava sérios problemas, pois com uma sociedade cada vez mais complexa, as normas positivadas no ordenamento já não eram capazes de efetivar a justiça inicialmente objetivada pelo legislador. E o Estado-juiz nada podia fazer, pois era mero repetidor da lei.

Sob o enfoque neoconstitucionalista, no entanto, esse quadro muda, pois o órgão julgador interpreta o texto normativo e dele extrai a norma aplicável ao caso concreto, numa atividade verdadeiramente criativa. O juiz passa a ponderar os valores em conflito à luz da constituição e da principiologia por ela albergada, deixando de realizar uma atividade mecânica para atuar de forma valorativa e criativa, diante do caso que lhe foi submetido a julgamento.

Uma terceira mudança paradigmática é no sentido de que há um novo enfoque axiológico: abandona-se a justiça geral para realizar a justiça do caso concreto. Como se

pode perceber pela análise do exposto supra, o Estado-juiz atua de forma inovadora. A justiça que antes realizava era meramente formal, pois, ao aplicar o direito legislado, realizava, muita vez, a justiça geral e abstrata preconizada pelo legislador. Ao final de uma longa relação processual, realizava-se o direito positivado, sem garantir a justiça que o caso concreto demandava, restando a pacificação social, portanto, tangenciada ao escanteio.

Como se pode perceber, os novos fundamentos paradigmáticos do constitucionalismo contemporâneo (normativo, axiológico e metodológico) acabam por possibilitar ao Judiciário uma atuação cada vez mais realizadora da justiça material do caso concreto.

Não é por menos que o quarto fundamento elencado por Humberto Ávila para o neoconstitucionalismo é de ordem organizacional: deixa o Legislativo (protagonista na era positivista) de ser o centro das atenções da república para dar lugar ao Judiciário, verdadeiro realizador da justiça material e concretizador da vontade constitucional.

3. NOVA ABORDAGEM DO DIREITO PROCESSUAL

Conforme ensinamentos de Fredie Didier Jr., o direito processual civil contemporâneo deve ser compreendido como uma resultante das relações entre o processo e o direito material; entre o processo e a teoria do direito; e entre o processo e a constituição¹⁶.

No que diz respeito ao processo em relação com o direito material, importante relembrar como se deu a evolução do Direito Processual.

Inicialmente, o processo não tinha qualquer autonomia científica. Era regido pelo próprio direito material, num período denominado de sincretismo ou praxismo.

Posteriormente, visualiza-se a necessidade de estudar o processo como um objeto autônomo, despegado do direito material. A essa fase da evolução da processualística deu-se o nome de processualismo ou fase científica ou autonomista. Inicia-se, então, o estudo das categorias processuais¹⁷. Faz-se completa distinção e separação entre processo e direito material. Trata-se, portanto, de enxergar o processo como um objeto puro e autônomo.

A fase puramente científica da processualística, porém, precisou ser repensada. É consabido que o processo é meio de realização do direito material. É através do processo que o órgão julgador entregará o direito a quem lhe compete no caso concreto. Assim, dissociar, cartesianamente, processo de direito material seria garantir primazia aos meios em detrimento dos resultados buscados.

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 21.

¹⁷ Nesta fase científica são desenvolvidas categorias como: principiologia do processo, condições da ação, elementos da ação, a própria teoria da ação, pressupostos recursais etc.

Dá-se espaço, então, a uma terceira fase: a instrumentalidade do processo. O processo continua a ser objeto de estudo científico, possuindo uma principiologia e objetos próprios. Porém, não é mais visto como um fim em si mesmo. Volta-se, agora, a realizar a importante missão de servir à concretização do direito material afirmado perante o judiciário.

Conforme ensinamento de Hermes Zaneti Jr., deve-se enxergar a relação do processo com o direito material como uma relação circular, no sentido de que o processo serve de instrumento para afirmação e realização do direito material; este, por outro lado, serve de fundamento de existência do próprio direito processual¹⁸.

Além de se visualizar o direito processual contemporâneo como uma resultante das relações entre processo e direito material, necessário se faz perceber a relação entre processo e teoria do direito, no sentido de que se mostra impendioso reler a processualística à luz do pós-positivismo.

Como analisado anteriormente, é possível chegar à conclusão de que o pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo) reflete diretamente seus efeitos sobre o estudo da ciência do processo. A inclusão de normas processuais no bojo da constituição (que possui, nesta nova realidade, inegável força normativa); o desenvolvimento de uma nova teoria dos princípios (vistos como espécie normativa, ao lado das regras jurídicas); a profunda mudança na hermenêutica jurídica (dá-se à jurisdição um papel cada vez mais inovador, criativo); o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais; e o aprimoramento do controle de constitucionalidade; consagram ao direito processual um papel ainda mais relevante, já que indispensável para a realização do direito no plano dos fatos.

Tanto é que se fala, atualmente, numa nova fase vivenciada pela processualística: o neoprocessualismo, ou seja, o direito processual visto sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo¹⁹.

Destarte, fácil constatar que o processo civil contemporâneo também pode ser visto como uma resultante das relações entre processo e constituição. Basta uma análise superficial do texto constitucional para perceber a quantidade de normas de natureza processual nele inseridas. Há, ainda, muitos direitos fundamentais de cunho processual, como, entre outros, os princípios do devido processo legal, juiz natural e razoável duração do processo.

Interessante notar que, diante da força normativa da constituição, o legislador infraconstitucional deve adequar as regras processuais que produz aos mais variados

¹⁸ Para uma análise mais aprofundada da Teoria circular dos planos (direito material e direito processual), ver DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 315.

¹⁹ Interessante destacar que há doutrina denominando esta nova fase de “formalismo-valorativo”, buscando afirmar a importância de uma formalidade adequada ao direito discutido no processo, tornando o processo um instrumento mais ético. Ver Id. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2010, 26.

direitos materiais que possam ser afirmados processualmente. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais orienta a elaboração de novas regras processuais e a sua adequada aplicação pelo Poder Judiciário, possibilitando um acesso à jurisdição para obtenção de decisões justas.

4. A JURISDIÇÃO À LUZ DA PROCESSUALÍSTICA CONTEMPORÂNEA

Feitas as análises a respeito da evolução do Estado de Direito, dos novos paradigmas trazidos pelo neoconstitucionalismo e da evolução do direito processual até ser alcançado pelo pós-positivismo, necessário se faz tecer algumas considerações acerca da influência da processualística contemporânea sobre a atividade típica do Poder Judiciário: a jurisdição.

Há muito se lê que a jurisdição é a atividade de se dizer o direito (numa tradução literal da palavra em latim *iurisdictio*). No entanto, como se pode perceber, a forma de realizar a jurisdição variou muito de acordo com a teoria do direito adotada.

Durante a fase em que vigeu o positivismo jurídico, dizer o direito nada mais era que afirmar a *mens legis*, ou seja, aplicar, de forma literal, a lei positivada pelo Legislativo. Como visto, durante o positivismo jurídico, fruto do constitucionalismo clássico-liberal, o protagonista era o Legislador, representante do povo, concretizador da vontade “geral”²⁰, que não permitia uma abertura hermenêutica ao Judiciário, mero aplicador da lei. O órgão julgador estava vinculado ao texto legal, mostrando a clara identidade entre texto e norma.

A interpretação jurídica do ordenamento estava reduzida a técnicas simplistas e superficiais, como a análise do contexto histórico e a adoção da lei mais específica. Savigny, jurista alemão do século XIX, propunha uma interpretação seguidora de métodos específicos, como os métodos histórico, sistemático, gramatical, sociológico e teleológico, demonstrando que a atuação jurisdicional do estado era ditada pelo texto normativo criado pelo legislador, num quadro hermenêutico bastante restrito.

O pós-positivismo, porém, concede ao Judiciário uma nova visão da hermenêutica jurídica. A norma passa a não mais ser confundida com o texto da lei. O legislador cria o texto legal, porém, através de uma atuação criativa, o Judiciário interpreta-o e extrai dele a norma reguladora do caso concreto. Isso autoriza uma constante atualização da lei, que no positivismo se mostrava inviolável.

No positivismo a noção de justiça era universal e abstrata. A neutralidade da Jurisdição era enaltecida pela ideia de separação cartesiana entre intérprete e objeto

²⁰ Destacamos a palavra “geral” por uma simples razão: apesar de o Legislativo, em sua concepção tradicional, representar a voz do povo, no Estado Liberal de Direito, quem ocupava as cadeiras do congresso era uma minoria burguesa. Percebe-se que, de uma ditadura monarquista, passou-se a uma ditadura elitista, comandada pela burguesia ascendente do final do século XVIII e início do século XIX. Esse quadro fático ensejou uma mudança de contexto, cedendo o Estado Liberal seu espaço para ser ocupado pelo Estado Social, provedor e acolhedor dos desígnios do povo.

interpretado. Assim, por ser a Jurisdição função que deveria ser executada com a máxima neutralidade, a justiça do caso concreto ficava relegada ao esquecimento.

Com a adoção de uma nova teoria do direito, onde há não mais o império da lei, e sim a supremacia normativa da constituição, e sendo o Judiciário o guardião efetivo na norma constitucional, a função jurisdicional estatal é sensivelmente alterada.

O Poder Judiciário fica sujeito, agora, aos preceitos da constituição, e não mais ao legislador que, juntamente com o Executivo, submete-se igualmente à força normativa da constituição. Surgem, assim, novas técnicas hermenêuticas, possibilitando ao Judiciário avaliar se a norma produzida pelo Legislativo ou Executivo encontra-se em consonância com o texto da Carta Magna.

A principiologia e demais normas constitucionais impõem ao estado a realização de uma jurisdição voltada à realização da justiça do caso concreto, aplicando-se, para tanto, o Direito como um todo, e não unicamente regras normativas prévia e abstratamente previstas.

Interessante a lição de Fredie Didier Jr. ao trazer um dos mais completos conceitos de jurisdição²¹. Para o processualista baiano, trata-se de função atribuída a um terceiro imparcial que, numa atuação substitutiva e mediante um processo devido, reconhece, efetiva e protege situações concretamente deduzidas, de modo imperativo e criativo, através de decisões insuscetíveis de controle externo e aptas a se tornarem indiscutíveis pelo manto da coisa julgada.

Percebe-se, portanto, que para a processualística contemporânea a jurisdição é atividade decorrente do império estatal exercida de forma criativa, inovadora, decorrente de um processo legal devido e adequado²².

Nesse diapasão, a jurisdição assume novos e importantes papéis, como um maior controle de constitucionalidade das normas integrantes do ordenamento (o que, por si só, exige novas técnicas de hermenêutica) e o controle mais amplo da administração pública como um todo. A possibilidade de efetivação de políticas públicas, quando da inércia do Legislativo e do Executivo em cumprir os mandamentos constitucionais, é um exemplo disso²³.

²¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 83.

²² O autor citado nos mostra que, sob a égide de uma era pós-positivista, não há que se falar mais em “devido processo legal”, mas sim em “devido processo conforme o Direito”. A atuação jurisdicional não se limita a resolução de lides através de um processo ajustado aos parâmetros legais, somente, mas também aos ditames do ordenamento jurídico como um todo, principalmente da Norma Maior, ou seja, da constituição. Assim, justiça será entregue e o Direito será realizado se fruto de um processo constitucionalmente devido, realizador das regras e princípios elencados na constituição.

²³ Gera muita controvérsia essa possibilidade de concretização de políticas públicas pelo Judiciário. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em muitas hipóteses, entendeu legítima essa nova função desempenhada pela Justiça estatal, ainda que em caráter excepcional. Vide, por exemplo, decisão recente sobre o tema em que o Supremo reconheceu a repercussão geral acerca dos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de

A era pós-positivista traz, ainda, novos desafios à função jurisdicional do estado. Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, citados por Frederico Rodrigues Viana de Lima, a jurisdição estatal está comprometida constitucionalmente com a quebra de barreiras que impeçam o efetivo acesso à justiça²⁴.

Para esses processualistas, o Judiciário deve adotar três posições básicas: garantir assistência judiciária para os pobres; possibilitar a prestação jurisdicional no que concerne a interesses transindividuais; e destruir as barreiras de acesso à justiça de modo mais articulado e compreensivo.

Percebe-se, assim, clara influência neoconstitucionalista. Ora, se é necessário buscar dar acesso aos pobres à jurisdição, fácil visualizar o claro propósito de realização da justiça no caso concreto, e não de forma universal e abstrata. Além disso, ao garantir amplo acesso à jurisdição, está-se concedendo as mesmas armas processuais às partes litigantes (contraditório substancial, efetivo) e adequando o processo aos interesses deduzidos em concreto.

Também, realizar a justiça perquirida por um número considerável de pessoas (quando o litígio envolver direitos transindividuais) significa ajustar a função jurisdicional ao mandamento constitucional de adequação do processo e de pacificação social de forma mais ampla e efetiva possível.

Por fim, destruir as barreiras de acesso à justiça deve ser objetivo da jurisdição, que ao fazê-lo estará realizando a vontade da constituição e efetivando direitos fundamentais, que previstos no texto constitucional, carregam notória carga normativa.

CONCLUSÃO

O novo constitucionalismo vivido no mundo contemporâneo acarretou, como visto, profundas mudanças na forma de realizar a jurisdição através do processo.

O Judiciário assume, assim, importante papel nesta nova realidade, atuando de forma criativa e inovadora, sempre através de um processo adequado e devido. A responsabilidade pela concretização de uma justiça material e efetiva e, acima de tudo, pela guarda da constituição, elevam este Poder a uma posição de destaque frente aos demais que com ele coexistem.

A processualística, assim, não poderia ficar inerte num momento em que o Judiciário dela tanto precisava. Foi preciso dar início ao desenvolvimento de uma nova forma de abordar o Direito Processual para que este atendesse aos anseios que o estado contemporâneo consigo trouxe. Para tanto, como visto, os processualistas se valeram das

servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção (RE 684612 RG/RJ). O recurso extraordinário ainda se encontra pendente de julgamento, mas já há várias manifestações trazidas pelos *amici curiae* diante da importância do tema.

²⁴ LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 55.

novas ideias trazidas por uma teoria do direito revisada à luz do Direito Constitucional Contemporâneo.

Assim, abandona-se o antigo modelo há tanto adotado, ou seja, de uma atuação jurisdicional positivista, exegética, para assumir novo viés ativista, criativo e inovador.

Muitas foram as conquistas entregues por este novo papel pós-positivista da jurisdição estatal. Nunca se viu um Poder influenciar tanto (positivamente) a vida cotidiana das pessoas. Decisões inéditas e importantes têm sido prolatadas em favor da democracia e da justiça social, trazendo cada vez mais a população para perto do Judiciário, que tem se mostrado, apesar de sua morosidade, um pacificador dos conflitos que surgem no seio da sociedade²⁵.

A despeito de tantas conquistas, a nova atuação jurisdicional do estado, fomentada pelo pós-positivismo, não ficou alheia às críticas.

Conforme Daniel Sarmento, algumas críticas, apesar de pontuais, vêm sendo bastante difundidas. Uma delas é o surgimento de uma “judiciocracia”, já que a atuação ativista de um juiz ou de um órgão jurisdicional se mostra antidemocrática, tendo em vista que, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, esses agentes estatais não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo. Assim, o ativismo jurisdicional por eles praticado estaria despido de legitimidade democrática.

Além disso, a opção pela técnica da ponderação de normas em detrimento da subsunção do fato à regra jurídica seria perigosa no nosso país, tendo em vista a singularidade da nossa cultura jurídica, proveniente do “civil law” europeu. Para muitos, inclusive, a elevação cada vez mais acentuada do número de decisões principiológicas põe em cheque a segurança jurídica e previsibilidade que somente as regras podem garantir. Relegar as regras e a técnica da subsunção ao esquecimento ampliaria, assim, as chances de uma arbitrariedade judiciária aniquiladora da estabilidade jurídica do Estado.

Há, ainda, quem afirme que o neoconstitucionalismo seria inadequado ao Estado brasileiro, pois como privilegia princípios, entraria em constante conflito com a Constituição de 1988, muito mais regulatória que principiológica²⁶.

²⁵ Percebe-se que, no Brasil, tem-se adotado uma posição cada vez mais substancialista, garantindo ampla legitimidade ao ativismo estatal, permitindo, assim, ao Judiciário, a concretização dos valores constitucionais. E, conforme Daniel Sarmento (in NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: teoria da constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 48), o substancialismo defendido por Ronald Dworkin se adapta com maior facilidade aos ideais neoconstitucionalistas quando comparado ao procedimentalismo sustentado por Habermas, o qual afirma não ser papel da jurisdição constitucional tutelar direitos subjetivos, fundamentais, mas apenas garantir os pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia. Parece-nos que o procedimentalismo se ajusta muito à ideia kelseniana (já superada por aqui) de que a jurisdição constitucional deve atuar como “legislador negativo”.

²⁶ É o pensamento de Humberto Ávila, citado por Daniel Sarmento, in Id. Ibid., 2010, p. 53.

BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2010.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Método, 2012.

NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional: teoria da constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009.