

A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

JURISDICTION IN THE CONSTITUTIONAL STATE

Bruno Cavalcanti Angelin Mendes¹

Sumário: Considerações iniciais. 1 A visão clássica de Jurisdição. 1.1 O Estado Liberal de Direito e o Princípio da Legalidade. 1.2 O exercício da Jurisdição vinculado ao Positivismo Jurídico. 1.3 A função do juiz em relação à lei. 2 A assunção ao Estado Constitucional. 2.1 A queda do Estado Legislativo e a nova concepção de Direito. 2.2 O princípio da legalidade substancial e o Estado Constitucional. 3 Neoconstitucionalismo e Jurisdição. 3.1 Das teorias afirmadoras da supremacia da lei. 3.2 O valor dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais. 3.3 A decisão judicial como fonte normativa. 3.4 A necessidade de tutela jurisdicional efetiva no Estado contemporâneo. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente estudo objetiva demonstrar os novos contornos do conceito de Jurisdição com o advento do Estado Constitucional. O substrato fático do qual partirá toda a análise remonta ao Estado Liberal de Direito, no século XIX, e à atividade dos juízes desenvolvida com base na concepção do princípio da legalidade. As transformações operadas no Estado e a remodelação da concepção de Direito serão foco nesta abordagem, buscando evidenciar a importância da assunção da Constituição como documento ápice do sistema, a conferir eficácia, validade e efetividade às decisões dos juízes, considerando as novas linhas do direito processual civil, os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Jurisdição. Estado. Constituição. Lei. Processo.

Abstract: This study aims to demonstrate the new Jurisdiction concept with the advent of the Constitutional State. The factual substratum to sustain all the analysis dates back to the Liberal rule of law in the nineteenth century, and the judges activity is developed based on the design of the principle of legality. The transformations in the State and the law remodeling will be focused on this approach to highlight the importance of the Constitution as an apex document of the system in order to give effect, validity and effectiveness on the judges decisions, due to the new lines of civil procedural law, constitutional principles of justice and fundamental rights.

Keywords: Jurisdiction. State. Constitution. Law. Procedure.

¹ Professor do Magistério Superior e Advogado. Doutorando (2015-2019) e Mestre (2011-2013) em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Especialista em Direito Processual Civil (2009-2011). Possui graduação em Direito pela Universidade da Amazônia – UNAMA (2003-2007). Foi Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Estácio Atual (Boa Vista/RR) e Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas e Defesa de Direitos Humanos da Universidade Federal de Roraima – UFRR. Tem experiência na área de Direito Público, com foco no Direito Processual Civil. Autor do livro “Precedentes Judiciais Vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica”, publicado pela Editora Juruá, em 2ª edição, no ano de 2015. E-mail: bcamendes@yahoo.com.br.

Considerações iniciais

A noção de Jurisdição na contemporaneidade, foco do presente trabalho, remete de modo necessário ao momento anterior à formação dos Estados Nacionais e, portanto, do próprio Constitucionalismo Moderno, uma vez que tem como pressuposto básico as teorias sobre a aplicação da lei pelos juízes ao longo da história.

É preciso evidenciar, contudo, que a teoria do Estado Constitucional hodiernamente sustentada é abertamente inconciliável com a noção tida inicialmente quanto ao princípio da legalidade, o qual, nos primórdios do Direito, considerava a lei forte em sua essência, e por si só, mostrava-se como diretriz necessária a ser seguida pela coletividade para o bom convívio e a harmonia de todos.

Com efeito, a lei foi o foco de teorias quase que incontestáveis acerca da Jurisdição, em razão do peso doutrinário de seus idealizadores. Para ilustrar esta sustentação, é válido recordar as lições de Chiovenda, para quem a jurisdição tinha a função de “atuar a vontade concreta da lei”, ou ainda, Carnelutti, que doutrinava essa mesma jurisdição como a “justa composição da lide”, segundo a qual o juiz tem a função de criar a norma individual para aplicá-la ao caso concreto.

Percebe-se, com sutileza, que a lei bastava em si mesma, representando o norte para o ordenamento jurídico de um Estado. Isto porque, a lei em sua origem, e no intuito de evitar os abusos do Regime Deposto, era vista pelo parlamento liberal-burguês como norma genérica e abstrata, por considerar a sociedade isonômica em sua totalidade.

Contudo, essa ideologia começou a ser mitigada em razão da gradativa materialização do Estado Constitucional e do reconhecimento quanto à existência de desigualdades sociais, que precisariam ser notadas quando da confecção das leis, com alicerce em um documento que lhe fosse superior. Assim sendo, como precedente lógico e base para a criação do Estado Constitucional, desencadeou-se intensa movimentação político-social no sentido de elevar um documento normativo à classe de legislação fundamental, o qual estaria guarnecido de um dever objetivo de observância e adequação quanto aos seus termos, pelo legislador ordinário, quando do exercício da atividade legislativa.

Com o advento do Estado Constitucional, o princípio da legalidade teve o acréscimo do adjetivo “substancial”, qualificativo que lhe deu novo conteúdo para expressar a obrigação de as leis estarem conforme a Constituição e os direitos fundamentais. Esta nova compreensão trouxe reflexos na definição de Jurisdição, não de maneira a contrapor as teorias supracitadas, mas sob o aspecto contemporâneo, dar-lhe uma nova valoração.

Com base nessas linhas preliminares, o artigo está estruturado da seguinte forma: no primeiro tópico, será abordada a ideia clássica da Jurisdição, com um breve retrospecto acerca da concepção de Direito e da lei no Estado Liberal, cujo contexto incitou a ideia do princípio da legalidade, sob o argumento de defesa da sociedade em face do governo soberano e, por efeito, a consolidação da doutrina do Positivismo Jurídico. Serão ponderadas, nesse contexto, as teorias sobre a aplicação da lei e a função do juiz.

No segundo tópico, será promovida uma análise quanto ao momento de transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, com foco na concepção de uma nova ideia de direito fundada na Constituição como lei maior do Estado. Nesse contexto, buscar-se-á escrever sobre a nova definição do princípio da legalidade, com atenção à sua reconfiguração, com a adesão (à expressão) do qualitativo “substantial”.

O terceiro tópico apresentará inferências sobre as teorias afirmadoras da supremacia da lei contrapondo à concepção de jurisdição no Estado Contemporâneo. O exame terá por base o princípio da supremacia da Constituição e o valor dos princípios de justiça, haja vista que, quando observados nas decisões judiciais, são aptos à consecução de uma tutela efetiva.

1 A visão clássica de Jurisdição

1.1. O Estado Liberal de Direito e o Princípio da Legalidade

As raízes do princípio da legalidade estão intimamente ligadas à própria conjuntura do Estado Liberal de Direito no século XIX. Àquele momento, se fez necessária a existência de um fundamento eficaz para conter os abusos dos detentores do Poder estatal, decorrentes de práticas absolutistas, de modo que a importância conferida ao princípio da legalidade teve o condão de gradativamente condicionar a atuação Estatal à observância direta da lei.

Nesse sentido, a Europa Continental, como berço do erigido princípio, passou a adotar o respeito às leis editadas pela Assembleia Parlamentar, em detrimento do regime deposto, marcado pelo absolutismo do Rei e dos juízes, ficando, pois, impedido de obstar determinados direitos fundamentais em prol de razões públicas antes invocadas.

Com o Estado Liberal emerge a natural necessidade do meio social em conter o poder autoritário do monarca e, portanto, os ideais de liberdade e garantia dos direitos fundamentais auferirem força na filosofia política da época. Para Bobbio, “esse era o direito de liberdade num dos dois sentidos principais do termo, ou seja, como autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si mesmo, como antítese de toda forma de poder paterno ou patriarcal, que caracterizara os governos despóticos tradicionais”.²

Com o parlamento como novo órgão competente para a edição de normas, o princípio da legalidade aferiu conteúdo, já que a validade das normas jurídicas estaria ligada somente ao pressuposto referente à autoridade competente para sua edição, fato que, negativamente, colocou à margem a própria correspondência das leis à justiça do caso concreto.

Diferentemente do Direito Inglês, que historicamente eliminou o absolutismo ao dar consistência a outros valores intimamente ligados à lei e deu ensejo ao sistema

² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 86.

jurídico do *common law*, na Europa, principalmente no alicerce do Direito Francês, o Poder absoluto foi mantido pelo parlamento, justificado no princípio da legalidade.

Assevera Ximenes³ que o filósofo John Locke, um dos principais pensadores do liberalismo, com o objetivo de limitar o poder do Estado, subordinava todos os poderes ao Poder Legislativo e, portanto, com base no princípio da legalidade, afirmava não existir outra fonte de autoridade senão sob o manto da lei. Uma vez submetido aos limites da lei, caberia ao Estado vigiar a aplicação das liberdades e igualdades inseridas no corpo do texto legal.

Por essa razão, o Estado Liberal de Direito confundiu-se com um Estado Legislativo, situação que foi de encontro à filosofia pregada por Montesquieu sobre o “sistema de freios e contrapesos” e às próprias funções típicas de cada Poder, no que idealizou como o Princípio da Separação dos Poderes. Em sua obra “Do espírito das leis”, Montesquieu observou que a concepção de Estado deveria estar desenhada de forma a conter a agitação natural dos homens sob sua tutela, em busca do encontro de formas eficazes de solução dos problemas exibidos.

Com o desenvolvimento de ideias antes esboçadas nos escritos de Aristóteles e Locke, Montesquieu propôs que os poderes estruturantes do Estado estariam separados por funções de maior expressão, na chamada tripartição dos Poderes, e que, não obstante, estariam ainda ligados a controles recíprocos no exercício de “funções-espelho”, executadas de modo atípico pelos demais Poderes.

O Estado Legislativo e o advento do princípio da legalidade agitaram as relações entre o parlamento e os outros Poderes (executivo e judiciário), já que, em razão da supremacia da lei, tais Poderes estavam, respectivamente, destinados a executá-la em suas estritas limitações, e aplicá-la sem exercício da atividade interpretativa.

1.2 O exercício da Jurisdição vinculado ao Positivismo Jurídico

No Estado Liberal, o Poder judiciário tinha o dever de promover a aplicação da lei, na condição de norma genérica e perfeita, sem qualquer intervenção de ordem interpretativa. É nessa perspectiva, pois, que está a clássica aderência à ideologia do positivismo jurídico, segundo o qual o direito se resume à lei que, em sua plenitude, daria resposta a todos os conflitos de interesse, uma vez que ao juiz competiria apenas a tarefa de descrevê-la em respeito à vontade do legislador. Para Godoy:

O positivismo jurídico defende concepção monista, identificando o Direito com o Estado, apontado como o detentor exclusivo da monopolização da produção normativa. Formalismo e imperativismo informam o monismo jurídico estatal. O Direito ficaria resumido a mero comando, desprezando-se seu

³ XIMENES, Julia Maurmann. *Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: < <http://www.acsmece.com.br/wp-content/uploads/2012/10/ESTADO-DE-DIREITO-E-ESTADO-DEMOCR%C3%81TICO-DE-DIREIT.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

conteúdo e seus fins. A certeza jurídica, informadora de relações sociais supostamente calcadas na segurança de conteúdos normativos previsíveis, orientaria mundo social que caminharía para o melhor dos mundos possíveis. Esse louvado princípio da certeza do Direito decorria de paradigma racional e instrumental, que emergia das premissas de separação dos poderes. Limita-se a criatividade do intérprete da lei, a quem o positivismo jurídico outorga o papel de simples protagonista da vontade do legislador, engendrando-se fetichismo que empolgou muitas gerações de juristas. Direito e lei escrita passam a ser identificados ontologicamente, sufragando-se o respeito pelo princípio da autoridade.⁴

Nesse sentido, se por um lado houve um expressivo ganho para a sociedade em termos de liberdades individuais em face dos abusos antes cometidos pelo Soberano e/ou pelo corpo de juízes com ele comprometidos, de outro, implicou em uma mudança drástica nas estruturas do Estado de Direito. Tal mudança foi sentida no aspecto da Jurisdição, pois antes do Estado legislativo, o direito também era cunhado com base na jurisprudência e na atividade dos Doutores, diversamente do positivismo, que considerou a função do jurista independente da função normativa, cabendo-lhe apenas, a aplicação da norma.

Assim, o Estado Liberal teve como aspecto positivo, ao engrandecer o respeito à lei, a garantia de que este instrumento normativo poderia possibilitar, para a sociedade, a tão sonhada liberdade. Isso porque, ao passo que a lei deveria, em tese, guardar as características de generalidade e abstração, poderia então, por via oblíqua, tratar os cidadãos sob a ótica de uma igualdade, posto a não discriminação entre as classes sociais e, portanto, a imparcialidade na aplicação da norma. Logo, sob o aspecto da defesa do cidadão, a lei, em sua essência, foi consagrada como uma forma de minimizar os abusos das autoridades da época.

Dessarte, relativamente aos aspectos da Jurisdição, resta evidente que, se por um lado a preocupação do Estado Liberal, no que diz respeito à ideia então consolidada do princípio da legalidade, era garantir a isonomia entre os cidadãos, por outro, os aspectos de generalidade e abstração da norma, vistos como imprescindíveis, impediam o juiz de interpretá-la conforme o caso concreto, fosse a situação dotada ou não de questões particulares.

Esse aspecto de “trancamento do sistema”, em contribuição ao positivismo jurídico que permeou o Estado Liberal como ideologia ligada à literalidade da lei, por certo, também privou o homem, de modo anacrônico, quanto ao exercício de direitos fundamentais por não ponderar os desiguais em sua condição originária, tornando-os mais equidistantes da realidade aspirada, em prol dos interesses dos detentores do poder.

1.3 A função do juiz em relação à lei

⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Apontamentos para uma tentativa de sistematização do positivismo jurídico. *SADireito*, 27 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/artigos/apontamentos-para-uma-tentativa-de-sistematizacao-do-positivismo-juridico/>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

A Jurisdição conceituava-se como a atividade do juiz no sentido de conferir soluções aos casos controversos, com base na aplicação objetiva do texto da lei. Essa lei, portanto, se sobrepunha às demais normas existentes e atuava paralelamente à Constituição, cuja função de normatividade superior se fez presente no sentido de evitar o retorno do regime anterior, em homenagem aos anseios da classe burguesa.

Nesse sentido, a lei tinha sua unicidade calcada na convicção política da classe que ocupava a Assembleia Parlamentar, razão pela qual, a função jurisdicional, de acordo com tais valores liberais e positivistas vigentes no final do século XIX, se encontrava direcionada à tutela dos direitos subjetivos dos particulares, alvos de violação.

As ideologias fixadas pelo parlamento quanto à lei como garantidora de uma isonomia formal na sociedade induziam diretamente à supremacia desse texto normativo em relação aos Poderes Executivo e Judiciário. Por consequência, a lei, pensada nesses termos também conduzia à ideia de liberdade individual, ante a impossibilidade de ingerência das autoridades estatais, sob a argumentação de razões públicas, nas questões de ordem privada.

Considerando a submissão do juiz à lei, não poderia o órgão jurisdicional se prestar à prevenção da ocorrência de situações violadoras da normatividade vigente, no que se pode conceber como exercício da tutela preventiva, sob pena de agressão às liberdades individuais, pois a função do juiz era apenas reparatória. Por outro lado, se assim operasse, segundo essa visão, o juiz estaria agenciando a própria aposição dos Poderes, por invocação do princípio da separação dos Poderes, visto que tal função caberia ao Executivo, no sentido de acautelar os cidadãos, por meio da polícia administrativa.

Cabe destacar que as ideias admitidas no Estado Liberal tinham por base os ensinamentos da escola exegetica, influenciada pelos valores iluministas e pelo positivismo, direcionando a lei à contemplação dos interesses privados. Esta noção foi sendo modificada gradativamente mediante o reconhecimento da natureza pública do processo, pelo entendimento do processo civil como um ramo ligado ao Direito Público.

A teoria de Giuseppe Chiovenda acerca da Jurisdição deu conteúdo à escola histórico-dogmática no início do século XX, e foi gradualmente ocupando espaço frente às ideologias liberais por entender a função jurisdicional como atuação da vontade concreta da lei. Assim, o desenvolvimento desta teoria, fruto dos estudos acerca da autonomia da ação em relação ao direito material, reforçou o afastamento da visão privatista do processo civil, dando ensejo a uma tendência publicista, pois a ação estaria assinalada como o poder de provocar a atividade do juiz para a atuação da lei, e não da realização do direito material em si.

Para Chiovenda,⁵ não existia sujeição à jurisdição, mas à lei, vez que a atividade do juiz representaria a atuação da lei quanto à elucidação da vontade do legislador. Dessa forma, Chiovenda definia a jurisdição como sendo “a função estatal que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, mediante a substituição, pela

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998.

atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, quer para afirmar a existência da vontade da lei, quer para torná-la praticamente efetiva”.⁶

Chiovenda era adepto da teoria que separava radicalmente as funções dos Poderes, de maneira que o juiz teria a incumbência de aplicar à lei ao caso concreto e não com a criação da norma individual, pois acreditava ser esta uma função do Legislativo e que ao Judiciário incumbiria a aplicação das normas gerais. Portanto, Chiovenda defendeu a separação dos poderes com funções bem definidas, enquanto reflexo da ideologia liberal e contribuiu para consolidar a mudança de paradigma quanto à natureza do processo civil, antes voltado aos interesses de particulares e – nesta nova visão – visto como instrumento público de autoridade Estatal.⁷

Marinoni⁸ destaca que ao pensar a Jurisdição dentro das estruturas do Estado, o filósofo e jurista Francesco Carnelutti entendeu se tratar de uma função de justa composição da lide, cuja teoria pressupõe a existência de interesses em conflito, de um lado a pretensão, e de outro a face da resistência. A respeito desse entendimento, Marinoni destaca:

Carnelutti, entretanto, partiu da ideia de lide – compreendida como conflito de interesses, ou mais precisamente, marcada pela ideia de litigiosidade, continuidade ou contenciosidade – para definir a existência de jurisdição. A lide, dentro do sistema carneluttiano, é característica essencial para a presença da jurisdição. Havendo lide a atividade do juiz é jurisdicional, mas não há jurisdição quando não existe um conflito de interesses para ser resolvido ou uma lide para ser composta pelo juiz.⁹

Por essa visão, Carnelutti conferiu relevância ao aspecto privado, cuja finalidade das partes ao acionar o juiz seria a busca da solução de seus conflitos, diferindo da noção publicista pregada por Chiovenda, que observou a finalidade do juiz no que diz respeito à aplicação da lei. De acordo com a teoria de Carnelutti, a lei não comporia a lide, por si só, sem a atividade do juiz, já que a partir desta se verificaria a sentença, que justamente faria concreta a norma abstrata aplicada, particularizando-a para as partes.

Surge, pois, a discussão acerca da figura da sentença no ordenamento jurídico, tendo em vista os entendimentos acerca da jurisdição nas concepções de Chiovenda e Carnelutti. Se para o primeiro, o juiz apenas aplica a vontade da lei, e assim, a sentença exarada constituir-se-ia num ato declaratório; para o segundo, a atuação do juiz faz concreta a norma tida como abstrata e genérica, e a sentença como

⁶ Ibid., p. 37.

⁷ Vale lembrar que a ideia de que o juiz teria a incumbência de aplicar a lei ao caso concreto e não com a criação da norma individual tem base nas lições de Kelsen. Para uma explicação da teoria de forma mais aprofundada, v., KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 165.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado Constitucional*. Marinoni Advocacia. Curitiba. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php#>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

⁹ Ibid., p. 14.

ato constitutivo criaria uma norma individual, válida entre as partes e que, por essa razão, passaria a fazer parte do ordenamento jurídico.

Pelo conteúdo constitutivo, o pensamento de Canelutti mantém definida aderência à teoria unitária do ordenamento jurídico, proposta por Kelsen, segundo a qual a o juiz pode produzir a norma jurídica concreta, e como toda norma tem como base uma norma de nível hierárquico superior, considerando a norma fundamental no ápice do ordenamento, tal norma individual exarada por meio da sentença estaria diretamente ligada àquela e, assim, inserida no contexto do próprio ordenamento.

Não se estaria descartando, dessa forma, o conteúdo declaratório (teoria dualista) da sentença, pois ao aplicar a norma ao caso concreto, mesmo criando norma individual, estaria ratificando a lei existente, sendo este um ponto de ligação entre as teorias dos juristas citados.

2 A assunção ao Estado Constitucional

2.1 A queda do Estado Legislativo e a nova concepção de Direito

Com ensejo nas ponderações colocadas, e para guardar a devida sequência cronológica dos acontecimentos históricos, deve-se partir da concepção de que o Estado Legislativo, com o objetivo de suprimir os privilégios do antigo regime, buscou, com a atuação do parlamento, tratar todos os homens de maneira igual ante a lei. O parlamento, por sua visão homogênea, mantinha-se abalizado na concepção das leis genéricas e abstratas, ao avaliar que os sujeitos tinham atributos isonômicos, fato que se contrapunha à realidade de desigualdades sociais.

Era evidente que, dada a movimentação social e a existência de várias classes sociais com interesses e necessidades significativamente distintas, os ideais de igualdade e liberdade que supostamente seriam proporcionados pela aplicação da lei genérica e abstrata em seus estritos limites, acabariam por ser derrubados. A concepção tida no Estado Liberal mostrava-se em evidente decadência, em razão de a sociedade ser caracteristicamente heterogênea e, por isso, necessitar que a lei genérica e abstrata se fizesse latente e concreta de acordo com cada demanda, no trato específico de suas questões particulares, avaliando a existência de cenários e classes sociais com visíveis aspirações díspares.

Por essa conjuntura, notadamente com o princípio da legalidade caracterizado por meio da lei genérica e abstrata, é que se verificam reflexos relativamente drásticos sobre a função da jurisdição, já que ao juiz sucedia a proibição de exercício da hermenêutica jurídica e, dessa forma, impossibilitado estava de chegar o mais próximo possível da utópica ideia de justiça por não interpretar a norma considerando as diferenças entre as pessoas em conflito e as peculiaridades do caso concreto.

Do mesmo modo, a igualdade entre as pessoas era vista como a chave para que a lei pudesse, então, se fazer aplicável e conduzir à efetiva liberdade daqueles sob sua Jurisdição. É, pois, com base nesse reconhecimento da realidade da época que o Estado passa a pensar em políticas no sentido de integrar as pessoas à vida em

sociedade, demonstrando visível sensibilidade com as questões sociais. De modo paralelo, surgem os grupos de várias esferas da sociedade, tais como associações, empresários, sindicalistas, no sentido de pressionar o Legislativo rumo à edição de leis específicas às diversas posições sociais e seus anseios.

O momento fortalecia a participação não mais somente da burguesia, mas de pessoas que defendiam interesses de classes distintas, o que deu novo aspecto ao parlamento, quanto à transição de um período de uniformidade ideológica para o tempo das grandes divergências. Este cenário reafirmou a concepção de uma vontade política, em prejuízo da suposta vontade geral pregada pelo parlamento do Estado Liberal, o que mudou sobremaneira a concepção de Direito e Estado.

Logo, a noção de que o Direito tem origem no Estado foi tida por superada, haja vista a ação dos grupos de pressão junto aos integrantes do parlamento e a própria presença destes na formação da lei, os identificaram como fonte de produção do direito, em detrimento da ideia do positivismo clássico que entendia o direito apenas através da lei editada pelo Estado.

2.2 O princípio da legalidade substancial e o Estado Constitucional

Com a evolução do pensamento, o conceito de Direito exibido no Estado Legislativo, enquanto produção normativa abstrata e genérica emanado de uma autoridade competente, o parlamento, caiu em descrédito, em razão do novo contexto de formação das leis por distintos grupos sociais.

Do mesmo modo, o próprio princípio da legalidade, consubstanciado na existência de leis formalmente perfeitas foi revisto, porque a produção legislativa passou a considerar não somente a autoridade ou a sua confecção sob o aspecto de um processo legislativo regular, mas também o choque dos interesses políticos em questão e, em consequência, a necessidade de que tais leis estivessem submetidas a um controle que levasse em consideração os anseios de justiça, visto que não mais seriam consideradas perfeitas em sua totalidade.

Nesse cenário, o Poder Legislativo foi alocado como um Poder Estatal em paralelo ao Executivo e Judiciário e para o alcance dos objetivos de justiça almejados pela sociedade fez-se imprescindível submeter as leis editadas a efetivos instrumentos de conformação, adequação e limitação, os quais deveriam, por um aspecto natural, estar em nível hierárquico superior.

A lei perde seu aspecto de supremacia diante de sua subordinação às Constituições, no corpo das quais foram inseridos os princípios de justiça. De forma escrita e dotada de plena eficácia, visto que não poderia ser alvo de alteração por produção normativa ordinária, a Constituição adquire um novo aspecto, a rigidez constitucional, visto que anteriormente era tida como um documento formal flexível cujo objetivo era evitar o retorno do regime deposto.

A mudança de paradigma operada pela Constituição compôs uma nova conjuntura estatal, isto é, o Estado Constitucional de Direito, cujo fenômeno foi

identificado como Neoconstitucionalismo, visto que de flexível a Constituição passou à forma de rígida, dada a submissão da lei.

Nesse momento, se observou uma reformulação ideológica do princípio da legalidade, o qual a ganhou o qualitativo “substancial” para expressar que as leis devem estar conforme a Constituição e, em última análise, aderentes aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais por ela resguardados.

Ao tratar do assunto, Marinoni¹⁰ faz remissão às ideias de Ferrajoli para quem a mudança no foco do princípio da legalidade substancial ou da estrita legalidade operou uma segunda revolução no campo do direito, posto que promoveu uma alteração do paradigma de onipotência do legislador para a nova leitura do ordenamento jurídico, a partir da Constituição, em favor da qual está abaixo e subordinada toda a legislação.

Com o Estado Constitucional de Direito e no princípio da legalidade substancial, a Jurisdição ganhou nova “roupagem”, deixando de simplesmente expor e aplicar o texto da lei, para materializar, no Estado-juiz, a posição de intérprete desta mesma lei, a qual deve estar conforme a Constituição. Em outras palavras, vê-se a assunção do princípio da supremacia da Constituição, com a qual a lei tem o dever objetivo de conformar-se, observando o juiz, no exercício de sua atividade, os direitos fundamentais e princípios de justiça nela consagrados.

A compreensão da relevância dos princípios e dos direitos fundamentais no momento da interpretação da lei revela a sensibilidade do novo papel da Jurisdição no pós-positivismo, já que se a lei não observar tais bases estará eivada de inconstitucionalidade e, portanto, há de ser extirpada do ordenamento jurídico pelos mecanismos inseridos na própria Constituição. Assim, ao juiz caberá interpretar a norma e construir um novo direito, em conformidade com mencionados preceitos, dando efetividade à Constituição.

3 Neoconstitucionalismo e Jurisdição

3.1 Das teorias afirmadoras da supremacia da lei

Considerando as linhas expostas, para a caracterização da nova ideia de Jurisdição, acrescida do qualitativo “constitucional”, foi cogente partir das próprias raízes do Pensamento liberal-burguês para verificar a construção teórica do novo conceito e, assim, se fazer possível cogitar de algumas implicações na cultura jurídica brasileira.

As teorias que buscaram identificar o papel do juiz em relação à lei, de idealização dos renomados filósofos Chiovenda, Carnelutti e Kelsen, se mostraram superadas diante da nova configuração do Estado Contemporâneo, enquanto estrutura

¹⁰ Ibid.

que se assenta nas Constituição como foco e origem de toda a ramificação infralegal do sistema jurídico.

Para Chiovenda, o direito se resumia à lei, a qual estaria caracterizada sob a condição de norma geral a ser aplicada aos casos concretos. A limitação ao poder do juiz se mostrou aspecto de grande impropriedade, pois afastava um relevante exame acerca das desigualdades sociais e do pluralismo, condicionando a validade da lei não aos princípios constitucionais ou direitos fundamentais, mas à aplicação da norma genérica e abstrata. Pela Jurisdição, verifica-se que a atividade do juiz era tipicamente vinculada, com função simplesmente declaratória e, portanto, longe de promover uma adequação e compreensão da lei às minudências de cada caso concreto, já que estava na posição de mero aplicador, por assim dizer, um instrumento mecânico dos interesses da burguesia, classe detentora do parlamento.

Carnelutti partiu da premissa de que a função do juiz é a composição da lide. A crítica que se faz à teoria de Carnelutti diz respeito ao fato de não considerar as questões particulares advindas dos fatos sociais e do pluralismo existentes na sociedade, no momento da sentença. Desse modo, não obstante o juiz promover a criação de uma norma individual para o caso concreto, não se verificava a interpretação da lei de modo tal que pudesse conferir uma real justiça nos moldes necessários à resolução do conflito.

Considerando a Jurisdição na conformação do Estado contemporâneo, verifica-se que as teorias sobreditas não mais se adequam à nova realidade, posto que ambas se encontram igualmente subordinadas ao princípio da supremacia da lei, seja a declarando ou instituindo simples norma individual.

Ainda no sentido de inadequação temporal, o Estado com fundamento na Constituição reclama ao juiz que, no desenvolver de sua atividade, atue aquém de simplesmente aplicar a norma ou produzir norma individual em observância à norma geral. É necessário, pois, que o julgador faça a compreensão da lei de acordo com o caso concreto, e que as peculiaridades sejam levadas em consideração quando da sentença, que porá fim à questão e satisfará a prestação jurisdicional.

3.2 O valor dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais

Na configuração do Estado Contemporâneo, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais assumem basilar importância em razão do sentido e da validade que conferem à lei, no curso da atividade interpretativa do juiz perante os casos concretos. Esta é, sem dúvida, uma manifestação em face do suplantado princípio da supremacia da lei pregado durante o Estado Liberal de Direito, visto que neste novo contexto, a vontade do legislativo passa a ser submetida ao crivo do próprio povo, por meio da Constituição.

O dever de observância aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais pela lei exsurge como uma forma de garantir o próprio controle de constitucionalidade. O juiz, no curso da aplicação da lei, precisa interpretá-la de acordo com a Constituição, objetivando a concretização da norma ao caso sob análise,

na hipótese que seja mais aderente aos preceitos de justiça e efetividade constitucional.

Se, no transcorrer dessa atividade não for possível a interpretação de acordo, o juiz deverá exercer o controle de constitucionalidade da lei, considerando sua inadequação à Constituição. Dentre as diversas técnicas e formas de controle de constitucionalidade, para os aspectos do tema Jurisdição, destaca-se o controle de inconstitucionalidade por omissão, exercido pelo juiz, ante o caso concreto. A inconstitucionalidade por omissão, peculiar do ordenamento jurídico pátrio, tem base quando o exercício de um direito fundamental somente poderá ser visto com a norma que está ausente do regramento jurídico. É que as normas constitucionais, em alguns casos, afirmam direitos fundamentais que devem estar em nível de legislação infraconstitucional, cuja função precípua é do legislador ordinário.

Por fim, é importante destacar ainda a regra de balanceamento que pode ser utilizada no momento em que se verificar a colisão de direitos fundamentais no caso concreto. Em outras palavras, é possível que existam direitos fundamentais em conflito e, por essa razão, quando de sua decisão, o juiz deverá contrabalancear os limites de cada direito em questão e avaliar qual, naquela situação, mais atenderá aos anseios de justiça almejados.

Assim, o juiz, no exercício de sua função jurisdicional, estará produzindo uma norma jurídica aplicável àquele caso concreto sem, contudo, se prender à conformação da legislação, já que a jurisdição permitirá o convívio pacífico dos direitos fundamentais no plano abstrato.

3.3 A decisão judicial como fonte normativa

Para a chamada conformação da lei com a Constituição, considera-se que em virtude da variedade de situações que podem ser apresentadas para análise do juiz, em algumas delas, seja por atividade interpretativa ou pelo próprio controle de constitucionalidade, pode ser criada uma norma jurídica com o objetivo de justificar sua decisão.

Essa é, aliás, uma das exigências do Neoconstitucionalismo, visto que a atividade jurisdicional, assim exercida, pressupõe uma análise acurada da Constituição para, ao final, conferir validade extensiva ou a cristalização da norma adequada, fato entendido como conformação da lei isolada, ou mesmo da legislação, segundo os princípios constitucionais ou direitos fundamentais observados na questão.

Em crítica às teorias clássicas da Jurisdição, que em atenção ao princípio da supremacia da lei admitiam a atividade do juiz como mera declaração do texto normativo ou ainda pela criação de norma individual com base em norma geral para atuar no caso concreto, no direito contemporâneo, distintamente, o juiz pode criar a norma jurídica, em observância à Constituição, por uma interpretação de acordo, pelo controle da constitucionalidade da lei ou, ainda, pela ponderação dos direitos fundamentais arguidos.

Frise-se que o discurso ora empreendido versa sobre a possibilidade de criação de norma jurídica, não de norma individual ou geral, uma vez que a primeira conduz à superada ideia clássica que pressupõe a existência de uma lei ou norma geral para sua criação, e a segunda constitui na própria admissão de criação do direito pelo juiz.

A criação da norma jurídica, ante o exame do caso concreto, caracteriza-se como atividade jurisdicional procedente da análise da legislação com a norma de ordem constitucional, no que se concebe como conformação da lei ou da legislação, ou ainda por meio da regra de balanceamento, mesmo para os casos em que for inexistente a norma geral.

Isso porque no Estado Constitucional, o juiz apenas pode exarar sentença com alicerce na norma editada pelo legislador, haja vista que, ainda que permitido fosse criá-la (norma geral), não teria o mesmo eficácia frente aos demais casos de origem na sociedade que uma norma geral, criada mediante um processo regular e com eficácia *erga omnes*. Além disso, um fator de grande distinção entre a norma geral, criada pelo legislador, e a norma jurídica, concebida pelo juiz, reside na obrigação de a última, por imposição constitucional, ser fundamentada.

Assim sendo, o art. 93, inc. IX, da Constituição Federal de 1988¹¹ assegura que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”. Por conseguinte, o Novo Código de Processo Civil, no art. 489, dispõe sobre a composição da sentença em três partes: o relatório, os fundamentos e o dispositivo. Logo, não basta o juiz se encontrar apto ao julgamento, mas, sobretudo, deve ele ter fundamentos e justificativas para conferir corpo à decisão, manifestando, pois, os motivos de seu convencimento e, desse modo, garantir que ela produza reais efeitos para o caso concreto.

3.4 A necessidade de tutela jurisdicional efetiva no Estado Contemporâneo

Por tutela jurisdicional se entendeu, durante muito tempo na doutrina processualística brasileira, o direito da parte à obtenção de uma resposta do juiz quanto ao caso exibido. Assim, após a prolação de uma sentença de mérito, o juiz estaria desincumbido de atuar, visto a satisfação de sua atividade junto àquele processo.

No Estado contemporâneo, porém, a perspectiva é outra. Conferir tutela a um direito diz respeito não somente a sua adequação às normas constitucionais, mas principalmente outorgar-lhe proteção, no mais das vezes, com a atividade de complementação da prestação jurisdicional, leia-se, atividade executiva. Isso se deve à necessidade de satisfação de direitos que, embora sejam reconhecidos, não são de pronto atendidos, visto que a sentença não se apresenta mais como apta a, de per si, promover a prestação jurisdicional efetiva.

Logo, como uma das funções da Jurisdição exsurge o desenvolvimento da atividade executiva no processo e, para tanto, vislumbra-se como imprescindível a

¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União n. 191-A. Brasília, 5 out. 1988.

previsão da competente técnica processual executiva para o atendimento do direito material em questão, e a observância, pelo juiz, da melhor forma de desenvolvê-la visando a efetividade na prestação da tutela jurisdicional.

Nessa perspectiva, latente o dever da Jurisdição no sentido de promoção da tutela efetiva, no que tange à obtenção de um resultado prático de acordo com o direito material, tendo como pressuposto básico a atuação do legislador no sentido de constituir procedimentos e técnicas processuais executivas aptas ao exercício do direito em questão de modo eficaz. Ao juiz incumbirá, então, a tarefa de interpretar a norma processual de acordo com as particularidades do caso concreto a fim de identificar qual a técnica que melhor atenderá aos anseios de efetividade do direito material.

No processo civil brasileiro, pode-se destacar a regra prevista no art. 497 do CPC. Por este dispositivo, a fim de dar efetivo cumprimento à obrigação de fazer ou não fazer, poderá o juiz cominar diversas medidas visando a que o réu satisfaça o direito do autor, tais como a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, dentre outras ações. É o que se compreende por decisão mandamental, sem que a mesma implique em infringência ao princípio da adstrição.

Diante desses possíveis cenários, o juiz deverá, antes de qualquer decisão, identificar e projetar a técnica processual que melhor atenderá às necessidades de direito material e as particularidades da situação em exame. E no instante da decisão deverá o juiz motivá-la, sob a forma de uma argumentação consistente, convincente e adequada à causa.

Considerações finais

Diante das linhas expostas, na atual conformação do Estado Constitucional, não se pode mais conceber como aplicáveis as ideias acerca do princípio da legalidade e das teorias clássicas da jurisdição, em sua concepção primitiva. A lei, diante da supremacia da Constituição, perde o posto de centro do ordenamento jurídico e a atividade do juiz ganha nova ideologia e, portanto, não mais se resume ao “mecânico” papel de declarar a lei ou promover a criação da norma individual.

Por certo que as ideias clássicas não podem ser de todo descartadas, na diversidade de situações, visto alguns ganhos se fizeram concretos nesse período. A uma porque, sob a conjuntura do Estado Liberal se fizeram possíveis os primeiros passos no sentido de conferir liberdade à sociedade então oprimida pela monarquia absolutista. Depois, a atuação de Chiovenda, no desenvolvimento de estudos sobre a ação, a desvinculou do próprio direito material, marcando o fim da era privatista do processo, em homenagem à tendência da natureza publicista do processo civil.

Com efeito, o Estado Constitucional contém o desígnio de conferir real proteção aos direitos da sociedade, sob a égide do princípio da supremacia da Constituição, em detrimento do Estado liberal, no qual a lei, editada pelo parlamento burguês, dirigia-se à tutela dos direitos privados, conjuntura própria da época anterior à afirmação citada da autonomia do direito processual civil.

Ainda nesse sentido, com a assunção do Estado Constitucional, o próprio parlamento passou a ser o palco das divergências no ato da confecção das leis, pois os grupos de pressão começaram a se fazer presentes e a representar uma vontade política não mais presa aos interesses de uma única classe, ou seja, a burguesia, passando a ser fruto da interação e balizamento dos interesses sociais.

Ademais, a transformação do princípio da legalidade, em razão do papel assumido pela Constituição no período pós-positivismo crítico, gerou uma mudança conjuntural nas concepções de direito e jurisdição, visto que o alcance do princípio passou a ser ditado pelo adjetivo “substancial”, e nessa condição, expressar o dever das leis infraconstitucionais e, por conseguinte, dos juízes no curso de sua atividade de interpretação, quanto à observância aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais.

Em uma compreensão crítica do cenário formado no pós-positivismo, se a lei passa a se subordinar à Constituição, por certo que a atividade dos juristas ganha relevo e deixa de representar somente a descrição literal da lei, cabendo-lhe agora, em primeiro lugar, compreendê-la levando em consideração os princípios de justiça e os direitos fundamentais.

Outra ilação liga-se ao fato de que a Jurisdição, no constitucionalismo contemporâneo, traduz-se no dever incumbido ao juiz em perfazer a conformação das regras aos princípios constitucionais, haja vista que diante da força normativa da Constituição toda e qualquer norma que dela emana está apta à produção de efeitos jurídicos imediatos.

Dentre os principais deveres do juiz, nessa perspectiva, está a interpretação de acordo, o controle de constitucionalidade das leis até mesmo diante de uma omissão, a aplicação da regra de balanceamento para as situações de choque de direitos fundamentais e, ainda, a criação da norma jurídica apoiada nos preceitos da Constituição e das leis existentes sobre a matéria.

Nesse último caso é importante destacar que ao juiz não cabe a criação da norma geral e, portanto, do direito, cuja responsabilidade é do legislador. Cabe, todavia, a criação da norma jurídica nos casos concretos quando as circunstâncias exigirem a atuação do judiciário e o juiz, com azo nas normas constitucionais, fará a conformação da lei ou da legislação ou resolverá a colisão de normas.

A Jurisdição, conseqüentemente, tem o dever de agenciar a proteção da ordem jurídica em todos os direitos nela resguardados, de modo que o juiz, diante do pluralismo ínsito à sociedade atual, deverá analisar as especificidades de cada caso concreto sob a égide dos preceitos constitucionais, de modo a garantir-lhe a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

No que tange à efetividade da tutela jurisdicional, no contexto do Estado Constitucional, não é possível mais conceber o juiz como figura alheia à dinâmica do processo. O uso do procedimento e das técnicas, bem como da força humana representada pelos auxiliares da justiça, deve estar associado intimamente à atribuição do juiz no sentido de promover uma compreensão das especificidades do caso concreto e, assim, projetar a decisão mais adequada.

Antes, todavia, como pressuposto básico à prestação da tutela efetiva, é necessário que o legislador tenha previsto os procedimentos e a técnica processual capazes de permitir a realização do direito material. Satisfeito o pré-requisito, o juiz avoca sua função de compreender o modo como as necessidades de direito material se revelam e identificar qual a técnica e o procedimento, de esfera executiva, que mais acuradamente se prestarão a atender aos anseios do caso concreto.

Por essa visão, o processo civil ganhou nova carga valorativa ao deixar de ser um mero instrumento dirigido à atuação da lei, para conformar a percepção de proteção dos direitos, sobretudo porque o juiz, no Estado constitucional, não só afere significado ao caso concreto, mas entende a lei à luz dos princípios de justiça e na dimensão dos direitos fundamentais.

Referências

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil – processo de conhecimento*. Vol. 2. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União n. 191-A. Brasília, 5 out. 1988.

_____. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 10 nov. 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional e legitimidade*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf>. Acesso em: 12 set. 2015.

CAMARGO, Marcelo N. (org.). *Direito Constitucional: leituras complementares, Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodvm, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte:

Del Rey, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CITTADINO, G. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, D. A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processo Civil*. Vol. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Apontamentos para uma tentativa de sistematização do positivismo jurídico. *SADireito*, 27 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/artigos/apontamentos-para-uma-tentativa-de-sistematizacao-do-positivismo-juridico/>>. Acesso em: 18 abr. 2016.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1981.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado Constitucional*. Marinoni Advocacia. Curitiba. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php#>>. Acesso em: 5 abr. 2016.

_____. *Curso de processo civil*. Vol.1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito civil – teoria geral do direito*

processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Curso de direito civil – processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

XIMENES, Julia Maurmann. *Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: < <http://www.acsmce.com.br/wp-content/uploads/2012/10/ESTADO-DE-DIREITO-E-ESTADO-DEMOCR%C3%81TICO-DE-DIREIT.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

Recebido em 27/04/2015

Aprovado em 18/04/2016