

O devido processo constitucional como forma de alcançar a justiça das decisões

Juliana de Brito Giovanetti Pontes

RESUMO

O surgimento das Constituições escritas provocou diversas transformações nas ordens sociais, entre elas a proteção aos direitos e garantias fundamentais que antes não eram previstos no texto constitucional e dificilmente eram assegurados pelo poder público. Com o advento do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, são incorporados aos sistemas jurídicos elementos cujo objetivo era o de tornar as normas constitucionais mais efetivas e assegurar o cumprimento dos direitos. Consequentemente, foi abandonada a concepção do devido processo legal como elemento exclusivo dos direitos constitucional e processual, passando a ocorrer a análise sistematizada entre o processo e a Constituição, que consiste no aperfeiçoamento das técnicas processuais e conduz ao chamado devido processo constitucional – tutela jurisdicional inserida no âmbito da Constituição. O presente artigo tem por objetivo analisar como tem sido alcançada a justiça das decisões mediante o devido processo constitucional.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Direitos fundamentais. Efetividade normativa. Devido processo constitucional.

The constitutional due process as a means of achieving the justice of decisions

ABSTRACT

The emergence of written constitutions caused several changes in the social order, among them, the protection of fundamental rights and guarantees that were not provided for in the Constitution and were hardly guaranteed by the government. With the advent of neoconstitucionalism and post-positivism, are incorporated into the legal systems of elements whose aim was to make the constitutional rules more effective and ensure the fulfillment of rights. Consequently, the design was abandoned due process of law as unique element of the constitutional and procedural rights, through the systematic analysis to occur between the process and the Constitution, which is the improvement of procedural techniques and leads to the so called constitutional due process – judicial inserted in framework of the Constitution. This article aims to analyze how justice has been achieved through the decisions of constitutional due process.

Keywords: Neoconstitucionalism. Fundamental rights. Effectiveness normative. Constitutional due process.

Juliana de Brito Giovanetti Pontes é Bolsista da CAPES pelo programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Linha de pesquisa: Jurisdição e Direitos Humanos.
E-mail: julianabgp@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

As transformações ocorridas nos ordenamentos jurídicos no âmbito do Estado Democrático de Direito tornaram possível a valorização e a busca pela efetividade dos mandamentos constitucionais. Assim, torna-se possível a relação entre o direito constitucional e o âmbito processual na jurisdição brasileira, ultrapassando a ideia da existência de um campo meramente processual.

Importante aspecto a ser observado foi o referente ao extenso conteúdo axiológico e a ampla proteção aos direitos fundamentais apresentados pelas Constituições que surgiram na fase do pós Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945), englobando temas que anteriormente não eram tratados pela Lei Maior, situação esta que ampliou as espécies de direitos constitucionalmente protegidos: os direitos sociais de natureza prestacional, além dos direitos individuais e políticos.

Diferentemente do constitucionalismo, que empregou a limitação ao poder arbitrário estatal e a imposição de Constituições escritas, o neoconstitucionalismo permitiu que o Estado utilizasse mecanismos para harmonizar o equilíbrio social, sem, no entanto, limitar o exercício das garantias previstas na Constituição tanto em relação ao poder público quanto em relação aos indivíduos. Observa-se no neoconstitucionalismo, a busca pela efetividade das normas constitucionais.

2 O FENÔMENO DA EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO E SEUS REFLEXOS NAS ORDENS CONSTITUCIONAIS

O fenômeno de constitucionalização do sistema jurídico possibilitou a realização de uma interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário, ampliando a influência das Constituições sobre todo o ordenamento e conduzindo à adoção de novas normas e institutos nos mais variados ramos do Direito.

Com a multiplicação dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos pós-positivistas, e assim, marcados pelo neoconstitucionalismo, passou a ser protegida a ideia de que eles são compreendidos por princípios que podem ir de encontro em casos específicos, tornando-se uma exigência social a aplicação de cada um dos direitos fundamentais (PAULA, 2011, p.271).

Com o advento do pós-positivismo, enfrentou-se a necessidade de desenvolvimento de instrumentos aptos a lidarem com a dialética do direito ao solucionar interesses conflitantes. Além disso, procurou a harmonia entre o direito e a moralidade social. Assim, as novas formas de interpretação das normas ocorre de forma mais legítima e compatível com os fatos sociais através da aplicação dos princípios jurídicos.

Foram reintroduzidas na ordem jurídica as ideias de legitimidade e justiça para a compreensão normativa. Ao mesmo tempo, o sistema jurídico deixou de ser visto como um conjunto formal e fechado de leis, havendo a efetiva utilização dos princípios jurídicos como espécies normativas que incorporam valores. A Ciência Jurídica passou a defender a integração entre as instituições estatais e estes princípios.

Com a ascensão do neoconstitucionalismo, as normas passam a apresentar um escalonamento entre si, tendo-se a Constituição como regra superior de um ordenamento jurídico, devendo as demais normas – ditas infraconstitucionais – manterem compatibilidade com a Lei Maior; nenhuma outra regra pode apresentar desconformidades com a Constituição. Havendo contradições, serão adotadas medidas visando reparar tal situação, entre elas, a paralisação dos efeitos da norma declarada inválida.

Essa é uma das consequências do princípio da supremacia formal da Constituição, que se tornou o fundamento de validade das normas infraconstitucionais. É também pressuposto do controle constitucional a rigidez da norma vértice do Estado, vez que por meio de processo legislativo mais complexo e diverso ao das leis infraconstitucionais é possível realizar modificações no texto da Constituição porque a incompatibilidade existente não tem o potencial de modificar a obra do Poder Constituinte Originário.

A proteção anteriormente conferida aos direitos fundamentais envolvia o controle feito pelo poder Legislativo. Com a reconstitucionalização ocorrida em alguns ordenamentos jurídicos, os direitos fundamentais passaram a ser protegidos pelo Poder Judiciário contra o poder político majoritário que antes limitava a sua proteção e utilização. Por conseguinte, o poder público passou a cumprir as normas imperativas constitucionais, além de respeitar o caráter obrigatório e vinculativo de suas disposições.

O crescimento da jurisdição constitucional, ocorrido após a 2ª Grande Guerra, possibilitou a criação do Estado Constitucional de Direito. O modelo antes vigente caracterizava-se por ter a Constituição como um documento essencialmente político, cujas normas dependiam da aplicação realizada pelo administrador ou legislador para que pudessem produzir seus efeitos. Nesse período ainda não havia a prática do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, resultando no não atendimento das necessidades sociais por parte do Poder Público. Este era o denominado Estado Legislativo de Direito; a centralidade das leis e a supremacia do Poder Legislativo eram características do referido sistema (BARROSO, 2008, p.4).

A Constituição era vista como um documento essencialmente político, uma sugestão à atuação dos Poderes Públicos. A concretização das propostas constitucionais era condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. O Judiciário não possuía qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

A partir das transformações ocorridas nos sistemas jurídicos, Tribunais e Cortes Constitucionais passaram a ter sua importância reconhecida quanto ao julgamento e interpretação da norma ápice do ordenamento jurídico: no Estado constitucional de direito a Lei Maior passou a vigorar como norma jurídica, regulando não apenas a produção de leis e atos normativos como também determinando limites para o seu conteúdo e impondo deveres de atuação ao Estado.

3 AS RELAÇÕES ENTRE CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: DO DEVIDO PROCESSO LEGAL AO PROCESSO JUSTO

Na nova relação entre Constituição e Processo, a função jurisdicional não ficou limitada ao cumprimento das regras e princípios constitucionais. A partir desse momento, os direitos fundamentais passaram a receber também proteção assegurada pelos órgãos jurisdicionais capazes de cumprirem essa função sob o aspecto processual.

O Processo e suas normas procedimentais tiveram o aspecto tutelar atribuído pela ordem jurídica constitucional, passando a serem regulados pelos princípios da Lei Maior. Portanto, a tutela jurisdicional efetiva e justa compreende aquela disponível às partes com o respeito aos mandamentos constitucionais. Com isso, o direito processual e o acesso à justiça passaram a manter conexão com o plano constitucional, observado através da garantia de um processo justo em substituição à ideia do devido processo legal. “É por isso que hoje, em lugar de uma garantia do devido processo legal, se prefere afirmar que o Estado Democrático de Direito garante o *processo justo*” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p.30) – grifos no original.

Dupla foi a grande mudança de rumo do processo, na segunda metade do Século XX: a) reduziu-se a separação exagerada que se notava no tratamento das figuras processuais em relação ao direito material, reforçando o papel instrumental do processo na realização e tutela dos direitos subjetivos substanciais, já então permeados de valores humanos e éticos, dando origem ao chamado *processo justo*; e b) formou-se e consolidou-se o fenômeno da *constitucionalização do processo*, cujos princípios ganharam assento na sede reguladora dos direitos fundamentais. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p.31)

Como resultado, houve o abandono da concepção do devido processo legal como elemento exclusivo do direito constitucional ou processual, passando a haver a análise sistematizada entre o processo e a Constituição, que consiste no aperfeiçoamento das técnicas processuais e conduz ao chamado devido processo constitucional – tutela jurisdicional inserida no âmbito da Constituição.

O devido processo constitucional ou processo justo consiste em uma ampla garantia de natureza fundamental, englobando as garantias processuais previstas na Constituição como forma de assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais e reger os procedimentos desenvolvidos perante a Administração e o Legislativo.

O direito ao processo justo consiste no modelo mínimo de atuação do Estado no âmbito processual; sua observação é imprescindível para que sejam obtidas decisões justas (MITIDIERO, 2011, p.24).

A relação direta entre a Constituição e o Processo ocorre quando o texto constitucional especifica direitos e garantias processuais considerados fundamentais, quando também organiza estruturalmente as instituições essenciais à realização da justiça

e também quando especifica meios formais de realização do controle constitucional. Por sua vez, a relação será indireta quando tutelar de modo diverso um certo bem jurídico ou categoria de sujeitos, permitindo ao legislador infraconstitucional a previsão de regras para que o juiz concretize a norma jurídica em cada um dos casos concretos (CAMBI, 2007, p.1).

À Constituição foi atribuída efetividade normativa a partir do momento em que houve a determinação da superioridade de suas normas frente às demais constantes no ordenamento jurídico.

Atualmente, as Constituições apresentam propriedade finalística ao concretizar direitos fundamentais e ser um meio para a efetivação do Estado do bem estar social. Estas Leis Fundamentais podem ser analisadas como ideologia constitucional ao expressar uma carga axiológica aceita pelos representantes dos constituintes na fase de sua elaboração. Apresentam também a finalidade de regulamentar as relações políticas existentes no âmbito social, representando a judicialização dos fenômenos políticos.

É, por isto, um desafio que os estudiosos têm enfrentado para, combatendo o imobilismo conceitual, buscar práticas mais adequadas a aquilo que a Constituição coloca, como objetivo fundamental, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. (CAMBI, 2007, p.20)

Por conseguinte, o crescimento da jurisdição constitucional significou a interpretação e aplicação das normas constitucionais por órgãos da jurisdição e o controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público. Através da expansão do Judiciário, foi verificada a necessidade de separação entre política e direito. Há por isso consequências próprias do processo de expansão:

A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). (BARROSO, 2008, p.5)

4 A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DIANTE DOS CASOS DIFÍCEIS

A Constituição Federal de 1988 tratou das matérias de modo aprofundado, evidenciando a presença do neoconstitucionalismo, responsável pela ocorrência de

modificações paradigmáticas na relação entre Constituição e Processo. A decadência do positivismo jurídico clássico, marcada pela distinção entre norma e preceito normativo, permitiu que se desenvolvesse uma nova hermenêutica constitucional. Tal fato foi possível devido à constitucionalização dos direitos, transferindo-os das legislações infraconstitucionais para a Lei Fundamental do sistema jurídico (CAMBI, 2007, p.17).

A nova forma de interpretação constitucional permaneceu com seus elementos clássicos, mas apresentou como elemento fundamental a teoria dos princípios sobre as regras, encontrando equilíbrio entre os aspectos da flexibilidade e da vinculação e tornando possíveis melhores soluções para os conflitos entre direitos fundamentais.

Nesse contexto, deve-se observar, contudo, que nem todos os casos são passíveis de decisão com base nas leis preexistentes ou em teorias hermenêuticas acerca do modo pelo qual devem ser interpretadas: nas situações em que há ausência de normas específicas e cuja solução não é possível com recurso ao texto da norma, o uso de conceitos jurídicos indeterminados, as regras imprecisas ou a presença de normas que possuem modos de solução distintos, favorecem a discricionariedade judicial, esta, contudo, não com o sentido de arbitrariedade. São os denominados casos difíceis ou inéditos (*hard cases* ou *leading*). O caso que comportar mais de uma solução é decidido pelo juiz de forma mais correta, justa, adequando-se aos elementos apresentados pelo caso concreto. Para isso, é necessária a interpretação judicial das normas.

A imprescindibilidade da interpretação decorre da amplitude normativa constitucional e da proteção a direitos conflitantes ou de conceitos vagos. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal, as teorias hermenêuticas e o texto constitucional são elementos que servem de fundamento para as decisões dos casos difíceis e também como limitadores da arbitrariedade que por ventura possa vir a ser cometida pelo intérprete (MELLO, 2011, p.360).

Verifica-se no ordenamento jurídico brasileiro uma tendência à progressiva conferência de *efeitos normativos* às decisões proferidas pelo STF. Essa tendência mostra-se presente na criação das súmulas vinculantes (Emenda constitucional nº 45/2004). Ela se verifica, igualmente, na expansão dos mecanismos de controle concentrado de normas, de que são exemplos a criação da ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (MELLO, 2011, p.361)

O convencimento dos juízes constitui elemento importante na formação de sua convicção em determinadas matérias, sendo a fonte que contém a ideologia e se relaciona com o modo pelo qual uma decisão é adotada e fundamentada.

Por longo período, a função jurisdicional esteve ligada à ideia de reprodução do conteúdo das leis, conforme a corrente doutrinária do pensamento sistemático ou normativo. Com o advento do controle de constitucionalidade, os juízes passaram efetivamente a submeter as leis a serem aplicadas ao caso concreto e assim, tornou-se

ineficiente uma atuação do Judiciário meramente reveladora do sentido das normas em abstrato e sua aplicação ao caso específico.

Desse modo, as correntes doutrinárias que justificam a ausência de discricionariedade no processo decisório não apresentam como consequência a circunstância de a atividade do Judiciário sofrer determinações conforme as regras do formalismo jurídico, pelo qual, os magistrados estão submetidos aos desígnios do poder, sendo o Judiciário reduzido a um poder subordinado, tendo por função reproduzir as palavras da lei, passando a jurisdição a ser uma atividade intelectual, impossibilitando o julgador de adicionar uma parcela volitiva aos seus julgamentos. Segundo o formalismo, a tarefa do juiz deveria limitar-se a expressar a “vontade da lei” ou a vontade do legislador; qualquer atividade interpretativa estaria sobrepondo o Judiciário aos demais poderes do Estado como também, os magistrados estariam adotando uma postura ativista quando do julgamento das questões de sua competência. (SILVA, 2004, p.92).

O posicionamento defendido pela corrente formalista também não evidencia o aspecto de que a legislação é um modo de criação do direito, modo esse diverso da criação realizada pelo Poder Judiciário, praticada por meio da interpretação das leis. O reconhecimento de que na interpretação do direito operado pelo Poder Judiciário há determinado grau de criatividade, não significa que há criação do direito nos moldes do processo legislativo (CAPPELLETTI, 1999, p.20).

Na realidade, inexistente oposição entre os conceitos de criação do direito e de interpretação deste. O que varia é o grau de criatividade e os limites da criação do direito, no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar os casos que lhe são apresentados. A criatividade e a discricionariedade são ínsitas à atividade interpretativa. Em alguma forma, toda interpretação é criativa, sempre existindo um grau mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional (CAPPELLETTI, 1999, p.42).

Contudo, poderá haver também maior espaço para a discricionariedade dos magistrados nas decisões quanto mais imprecisos forem os elementos do direito e mais vagas as leis. Essa é uma das causas da acentuação que teve o ativismo judicial.

O que caracteriza a função de um magistrado ou de um tribunal não é a ausência de criatividade na interpretação das leis, mas sim a ligação da decisão com as controvérsias e as partes integrantes do caso concreto, a imparcialidade do juiz e independência formal em relação às influências exercidas pelos poderes políticos (CAPPELLETTI, 1999, p.75).

[...] [A] criatividade jurisdicional – criatividade do direito e de valores – é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto de restrições. (...) Os juízes não podem fazer menos que participar na atividade de produção do direito, ainda que, no limite, tal não exclua inteiramente a possibilidade de o legislador ab-rogar ou modificar o direito jurisdicional. (CAPPELLETTI, 1999, p.103)

Como resultado das alterações no modo de julgar as controvérsias cuja solução não é prevista constitucionalmente, decorre o inevitável choque entre a suposta vontade do legislador (decorrente da maioria legislativa) e a decisão judicial, revelando que o posicionamento do magistrado a favor da maioria ou minorias envolve questões políticas. Poderá o Executivo não cumprir suas obrigações relacionadas aos valores constitucionais e assim, desrespeitar as garantias conferidas aos cidadãos. Nessa hipótese, o Judiciário também atua visando a suprir a omissão.

O ato de tornar válidos os direitos contidos no Texto Maior em todas as situações levadas ao Judiciário, fez com que este assumisse um novo modo de atuação no Estado Democrático de Direito. Os valores trazidos pela Constituição passaram nortear a atividade jurisdicional, que aceitou a atuação pública do referido poder na tarefa de tutela dos direitos.

A inserção dos direitos fundamentais nas Constituições resultou em um novo modo de raciocínio jurídico por meio do qual tribunais e juízes começaram a exercer um juízo que aplica a otimização dos princípios no que se refere às possibilidades de fato e de direito.

A ponderação consiste em desfazer a antiga opinião da filosofia política, inserida ao paradigma do direito liberal: a rigorosa separação entre os poderes, de modo que as autoridades políticas tenham a solução final para questões morais e sociais, atribuindo às instâncias judiciais a função de defesa do que foi decidido politicamente (PAULA, 2011, p.272).

Por isso, deve ser firmemente precisado que os limites substanciais não são completamente privados de eficácia: criatividade jurisprudencial, mesmo de forma mais acentuada, não significa necessariamente “direito livre”, no sentido de direito arbitrariamente criado pelo juiz no caso concreto. (CAPPELLETTI, 1999, p.26)

Por conseguinte, bom senso e prudência devem ser utilizados pelo juiz na atividade da jurisdição constitucional, respeitando a soberania popular para que sejam cumpridos os direitos fundamentais. A liberdade do intérprete da norma há de ser responsável e autocontrolada, visto que é inadmissível a introdução nos textos de lei de conteúdos incompatíveis com o ordenamento jurídico.

Sendo o instrumento que estabelece a interação entre direito e política, a Constituição recebe o atributo de tornar o poder constituinte originário em poder constituído, convertendo a atividade política em instituições do Estado. A Lei Maior atribui as competências aos poderes: ao Legislativo a criação do direito positivo, ao Executivo a administração das entidades estatais sua e manutenção e ao Judiciário cabe a aplicação do direito quando da ocorrência de litígios entre partes (BARROSO, 2007, p.18).

Em vista dos resultados produzidos pelo controle constitucional e da atividade de produção de leis, típica do Legislativo, observa-se que controle de constitucionalidade e política são institutos distintos, mas intimamente relacionados.

A política caracteriza-se por apresentar posicionamentos valorativos, influências das experiências sociais, morais e emocionais de cada um dos membros que compõem o Legislativo e o Executivo no que se refere à adoção de posturas para decidir questões de caráter público.

O Poder Judiciário utiliza-se de tais valorações nos casos não previstos na Constituição Federal e nos quais os outros dois poderes abstiveram-se em adotar seu posicionamento. Por isso, os casos práticos demonstram que eles não são totalmente indissociáveis, podendo ser considerada a existência de conexão de um campo sobre o outro.

Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. (BARROSO, 2007, p.17)

Havendo relações entre direito e política, tem-se que o controle constitucional é um dos fatores que permite o encerramento dos debates sobre questões políticas, vez que, além de não haver mecanismos de revogação legislativa de decisões judiciais, a atuação do legislador sofre limites decorrentes das cláusulas pétreas (PAULA, 2011, p.306). Fica limitada a reabertura das questões constitucionais pelo Legislativo, vinculando-se o controle constitucional às questões políticas.

Barroso (2008, p.13) afirma que as decisões judiciais possuem teor isento de questões políticas, mantendo-se totalmente independentes de questões tendenciosas, de livre escolha ou partidarizadas. Esse posicionamento defende que as decisões judiciais nunca serão políticas no que se refere à discricionariedade.

Para estes, basta afirmar que o Direito não é política, apesar de na sua origem, ser produto desta – que são institutos independentes. Esta separação seria atingida por meio da atribuição de caracteres próprios da atividade do magistrado, que impliquem na independência entre as atividades do Legislativo e Judiciário, como por exemplo, as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos.

Não mais se entende que direito e política são campos totalmente separados e cuja conexão deve ser reprimida para o bom funcionamento do Estado. Na verdade, como se verá, no fundo sempre houve latente a possibilidade de conexão maior do que se pensava entre a arena política e o canal judicial. (PAULA, 2011, p.273)

Mesmo havendo a referida crença de que o processo decisório não sofre influências das ideologias do magistrado e também do cenário político, a questão a ser julgada ganha contornos políticos pela possibilidade de uma política pública ser afetada pelos efeitos dessa decisão judicial. A defesa de que a decisão é imune às influências políticas não se

mantém, uma vez que a norma representa a vontade da maioria legislativa responsável por sua aprovação. A concordância ou discordância do juiz com o seu conteúdo demonstra que o magistrado tende a se posicionar em prol da vontade da maioria ou das minorias, com isso interferindo na democracia.

O direito não pode permanecer inerte diante das modificações sociais, devendo buscar a concretização dos mecanismos de interpretação. A pós-modernidade provocou o questionamento das bases iluministas do direito moderno, compreendido como meio de revelação das verdades através do raciocínio silogístico e o apego excessivo à razão. Assim, a dimensão do novo, inserido na complexidade das relações sociais, é marcada pela insegurança, pela instabilidade e pelo incerto.

A crise da concepção formalista do Direito atinge de forma mais drástica a jurisdição constitucional que, pela relevância de suas decisões judiciais, muitas vezes oferece limites às decisões políticas, necessitando, por isso, de maior grau de legitimidade. (AGRA, 2005, p.73)

5 O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE ALCANÇAR A JUSTIÇA DAS DECISÕES

Como resultado da pós-modernidade e das dúvidas trazidas por ela, houve a quebra dos paradigmas ontológicos e a fragmentação social, resultando no aumento do número de conflitos. A inexistência de parâmetros visando atender e normatizar todas as expectativas do povo, deu origem à referida crise; do mesmo modo, o enfraquecimento dos órgãos estatais, provocado pelo liberalismo no plano econômico (AGRA, 2005, p.72).

Em relação aos efeitos da crise da pós-modernidade no Estado Democrático de Direito, duas motivações podem ser elencadas: a primeira diz respeito às economias capitalistas, que criaram grande complexidade social, conduzindo às crises de interesses entre os grupos sociais; a partir desse fato, o Estado passou a implementar políticas públicas visando satisfazer de forma específica as expectativas do povo.

A segunda motivação refere-se à inflação legislativa. Para adequar o sistema jurídico à evolução da sociedade, novos instrumentos são produzidos para se adequarem aos fatos sem que sejam contraditórios com as mais variadas esferas sociais.

A presença do neoliberalismo fez com que na esfera econômica ocorresse situação inversa ao aumento da produção legislativa, agravando a crise. A ausência de eficácia das normas, principalmente as programáticas, fez com que os órgãos estatais enfraquecessem, deixando de realizar as suas funções; depois, a impossibilidade de regulamentação legal relacionados a fatos específicos.

Todas as esferas sociais foram atingidas pela pós-modernidade e com o direito não foi diferente: tendo por finalidade regular as relações sociais, o direito formal – baseado em sua positivação e exagerado formalismo – também foi atingido, entrando em crise e afetando seriamente a eficácia de suas normas.

Do mesmo modo, os paradigmas existentes dificultam que a legitimidade da jurisdição constitucional seja estabelecida. Do mesmo modo, passam por crise o significado de Estado Democrático de Direito, o conceito de Constituição, os limites da atuação do Judiciário. A crise constitucional deriva dos conflitos sociais, quando a Constituição deixa de ser considerada parâmetro normativo. Dessa forma, a Lei Maior perde a eficácia, a sua força normativa (HESSE, 1991, p.19).

A crise constitucional pode ser melhor observada através das normas programáticas, que não conseguem obter eficácia negativa ou positiva, nem mesmo concretizam o conteúdo da Constituição, impondo condutas a serem executadas pelos poderes constituídos. Portanto, a crise constitucional compreende a falta de eficácia dos mandamentos constitucionais diante dos múltiplos poderes normativos pertencentes às instituições reguladas a partir de decisões individuais (AGRA, 2005, p.88).

Diante dessas circunstâncias, surge no Brasil a doutrina da efetividade, que procurou superar algumas disfunções na formação do ordenamento jurídico nacional, evidenciadas na ausência de determinação política para o exercício das disposições constitucionais e no uso da Constituição unicamente como instrumento ideológico. O objetivo da doutrina da efetividade era o de tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e indiretamente na maior extensão de sua densidade normativa (BARROSO, 2008a, p.15).

A efetividade compreende a aplicabilidade da norma como modo de realização e desempenho concreto da função social do Direito, a materialização dos mandamentos normativos e a aproximação do dever-ser normativo com o ser do âmbito social; na maior parte das vezes, a efetividade das normas jurídicas advém do seu cumprimento com espontaneidade (BARROSO, 2000, p.5).

Com isso, tem-se por finalidade não somente o acesso de todos ao Poder Judiciário está assegurado, mas também é cabível a tutela estatal efetiva, permitindo que todos os indivíduos usufruam tanto dos direitos subjetivos individuais e da proteção às suas garantias fundamentais estabelecidas constitucionalmente.

As dimensões processual e constitucional passam a ser direcionadas não só aos produtores do direito, mas também àqueles que são atingidos direta e indiretamente pelas suas determinações:

Através dessa metodologia, o processo não é mais encarado como um fim em si mesmo, como sua expressão predominante de ato de império, pelo qual o Estado faz cumprir as suas, reestruturando a “ordem” na esfera social. (GOMES NETO, 2005, p.57)

O direito ao processo justo advém do âmbito processual, o qual estabelece deveres para a organização estatal nas suas três funções – legislativa, executiva e judiciária. A efetivação do processo justo pelo Judiciário ocorre quando ao juiz são atribuídos os deveres de interpretação e aplicação das legislações de acordo com o direito fundamental ao processo justo.

Referido direito tem por finalidade a obtenção de uma decisão justa, sendo exercida a pretensão à justiça e também a pretensão à tutela jurídica. Desse modo, no Estado Democrático de Direito, o processo é compreendido como o meio através do qual os direitos são tutelados no plano constitucional (MITIDIERO, 2011, p.25).

São titulares do direito ao processo justo as pessoas físicas e jurídicas, podendo propor ações com a finalidade de obterem a tutela jurisdicional, como também, aqueles que possuem personalidade processual. Importante destacar que:

O direito ao processo justo goza de eficácia vertical, horizontal e vertical com repercussão lateral. O mesmo se diga de seus elementos estruturantes. Ele obriga o Estado Constitucional a adotar condutas concretizadoras do ideal de protetividade que dele dimana (eficácia vertical), o que inclusive pode ocasionar repercussão lateral sobre a esfera jurídica dos particulares (eficácia vertical com repercussão lateral). Ainda, obriga os particulares, em seus processos privados tendentes a restrições e extinções de direitos, a observá-lo (eficácia horizontal). (MITIDIERO, 2011, p.29).-

A constitucionalização do processo resulta, desse modo, em um processo justo, que compreende a efetividade dos direitos fundamentais característicos do âmbito processual e constitucional, a garantia do juiz natural, a proibição do juízo de exceção, a inadmissibilidade das provas obtidas através de meios ilícitos, a motivação obrigatória das decisões judiciais e a garantia do contraditório e ampla defesa. Ao mesmo tempo, assegura os direitos e garantias previstos na Constituição, buscando a justiça e efetividade.

Tanto processualmente quanto constitucionalmente, o processo justo não deve excluir a segurança jurídica, fundamento do Estado Democrático de Direito, que deve ser aplicável juntamente com os princípios da justiça e da segurança jurídica; o processo constitucionalizado determina, assim, a conciliação entre justiça, efetividade e segurança tanto na interpretação quanto na aplicabilidade das normas jurídicas.

O processo justo, “permite a convivência harmoniosa de todos os princípios e garantias constitucionais pertinentes ao acesso à justiça e prestação efetiva da adequada tutela aos direitos subjetivos materiais” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p.36).

Com os novos elementos da jurisdição constitucional e a nova perspectiva do Processo, a sentença compreenderá o resultado da interpretação dos fatos, tendo por fundamento valores, princípios e regras jurídicas que não sigam a lógica produto do raciocínio matemático e silogístico. Juntamente com a adequação das normas aos fatos, está a criação do preceito legal conforme as especificidades trazidas pela Constituição, permitindo, através da valoração específica do caso concreto, a solução mais justa dentre as que são possíveis.

6 CONCLUSÕES

O fenômeno da expansão do Poder Judiciário foi marcado pelo advento do neoconstitucionalismo, a partir do qual o Judiciário tornou-se um poder expressivo e com grande relevância ao receber a prerrogativa para decidir questões relativas aos direitos fundamentais.

A proteção anteriormente conferida aos direitos e garantias fundamentais ocorria mediante o controle do Poder Legislativo, que limitava a defesa a esses conteúdos do texto constitucional. Com a reconstitucionalização em alguns sistemas jurídicos, os direitos fundamentais passaram a ser protegidos pelo Judiciário contra o poder político majoritário.

As decisões jurídicas passaram a ter incidência sobre os âmbitos que não faziam parte de seu controle e com isso, tiveram início os estudos do fenômeno da judicialização das questões políticas e o ativismo judicial. O neoconstitucionalismo permitiu que o Judiciário utilizasse meios para harmonizar o equilíbrio social, sem, no entanto, limitar o exercício das garantias previstas na Constituição tanto em relação ao poder público quanto em relação aos indivíduos.

Dessa forma, os mandamentos constitucionais passaram a serem interpretados juntamente com os demais princípios do direito, podendo ser destacada a importante relação entre o direito constitucional e o direito processual civil.

Na nova relação entre Constituição e Processo, a função jurisdicional não sofreu limitações para o cumprimento das regras e princípios constitucionais. A partir desse momento, os direitos fundamentais também receberam proteção dos órgãos jurisdicionais capazes de cumprirem essa função sob o aspecto processual.

O Processo e suas normas procedimentais tiveram o aspecto tutelar atribuído pela ordem jurídica constitucional, passando a serem regulados pelos princípios da Lei Maior. Diante dessas transformações, configura-se a tutela jurisdicional efetiva e justa como aquela que está disponível às partes, respeitando aos mandamentos constitucionais. Com isso, o direito processual e o acesso à justiça passam a manter conexões com o plano constitucional, observado através da garantia de um processo justo em substituição à ideia do devido processo legal.

A constitucionalização do processo e as novas formas de interpretação jurídica resultam, desse modo, no processo justo, que tem por objetivo a efetividade dos direitos fundamentais característicos do âmbito processual e constitucional, a garantia do juiz natural, a proibição do juízo de exceção, a inadmissibilidade das provas obtidas através de meios ilícitos, a motivação obrigatória das decisões judiciais e a garantia do contraditório e ampla defesa. Ao mesmo tempo, assegura os direitos e garantias previstos na Constituição, buscando a justiça e efetividade.

Tanto processualmente quanto constitucionalmente, o processo justo não deve excluir a segurança jurídica, fundamento do Estado Democrático de Direito – deverá ser aplicado simultaneamente com os princípios da justiça e da segurança jurídica. O processo

constitucionalizado determina a conciliação entre justiça, efetividade e segurança tanto na interpretação quanto na aplicabilidade das normas jurídicas, aspectos característicos da proteção às garantias e direitos fundamentais conferida pelo Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar./abr./maio 2007. Disponível em <http://direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 10 jul. 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3.ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n.6, fev. 2007, p.1-44. Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acesso em: 09 jul. 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Interferências extrajudiciais sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011, p.359-386.
- MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental ao processo justo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, n.45, nov./dez. 2011. Disponível em: http://www.veirano.com.br/veirano/Portals/0/Daniel_Mitidiero_Direito_fundamental_ao_processo.pdf. Acesso em: 30 jul. 2013, p.22-34.
- PAULA, Daniel Giotti de. *Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011, p.271-312.
- SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011, p.73-113.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito Processual Constitucional. Estação Científica (Ed. Especial Direito)*, Juiz de Fora, v.1, n.4, out./nov. 2009.