

A JURISDIÇÃO E SEUS LIMITES: UM NOVO OLHAR PARA O DIREITO E PARA A JURISDIÇÃO

JURISDICTION AND ITS LIMITS: A NEW LOOK FOR RIGHT IS FOR JURISDICTION

Juliana Gomes Silva¹

Adamir André Silva²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Jurisdição: Tempo e Espaço; 2 O Sentido da Jurisdição; 3 Limites À Jurisdição; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O presente estudo busca trazer reflexões sobre a crise que assola o direito e por consequência a jurisdição, tendo-se como problemática uma nova forma de atuar o direito e conseqüentemente uma nova forma de compreender a jurisdição, partindo-se de uma compreensão hermenêutica. Nesta seara, ao examinar o "sentido da jurisdição", percebe-se que, o paradigma ora dominante não atende mais aos anseios e a realidade do nosso tempo. Portanto, é imprescindível um novo olhar para o direito e para a jurisdição. Todavia, ao refletir sobre a jurisdição e seus limites verifica-se a necessidade de um paradigma que venha a convergir para efetivação de novos métodos de interpretação e novas formas de compreensão, que venham a superar o direito apenas como um sistema de regras.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Jurisdição; Interpretação; Limites.

¹ Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional (Imed-RS), Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional (Imed-RS), bolsista Capes. Advogada e Professora nas Faculdades João Paulo II, Endereço Eletrônico: julianasilvaadvogada@terra.com.br

² Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional (Imed-RS), Especialista em Ciências Criminais pela Universidade de Passo Fundo (UPF-RS). Advogado e Procurador do Município de Passo Fundo. Endereço Eletrônico: adamirandreadvogado@terra.com.br

ABSTRACT

This study seeks to bring reflections on the crisis plaguing the right and consequently the jurisdiction, taking as problematic a new way to act right and consequently a new way of understanding the court, starting from a hermeneutic understanding. In this area, to examine the "sense of jurisdiction," it is clear that the dominant paradigm now no longer meets the aspirations and the reality of our time. Therefore, it is imperative a new look to the right and to the jurisdiction. However, reflecting on the jurisdiction and its limits there is a need for a paradigm that will converge on effectiveness of new methods of interpretation and new ways of understanding, which may overcome the right just as a system of rules

KEYWORDS: Law; Jurisdiction; Interpretation; Limits.

INTRODUÇÃO

Conferindo-se relevância a crise que assola o direito e por consequência a jurisdição, reflexo da crise na modernidade, identifica-se a problemática que exige uma nova forma de atuar o direito e consequentemente uma nova forma de compreender a jurisdição.

O direito evolui, assim como a sociedade, portanto, necessário se faz, a compreensão em sua dimensão hermenêutica, para tanto, é preciso examinar o "sentido da jurisdição".

Percebe-se que o paradigma ora dominante não atende mais aos anseios e a realidade do nosso tempo. Nessa seara, o direito não pode ser compreendido como estrita legalidade e a jurisdição atuando meramente na solução de conflitos. Assim, para refletir sobre a jurisdição e seus limites é necessário tratá-la no tempo e no espaço.

A partir de um recorte histórico aborda-se o "sentido da jurisdição" buscando-se dar visibilidade a possível ruptura de um paradigma que não atende mais aos anseios e a realidade do nosso tempo. Trata-se, portanto, de demonstrar que é preciso realizar o direito sobre um novo paradigma, que venha a consolidar o Estado Democrático de Direito.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, o qual possibilita uma reflexão a partir do geral para o particular. Justifica-se o uso do método dedutivo, como aquele que parte das teorias e leis gerais para predizer a ocorrência dos fenômenos particulares.

Assim, combina-se o método dedutivo com o método hermenêutico³. Nesse sentido, a Constituição contribuiu para desvelar o assunto, bem como os estudos (teses, artigos publicados em periódicos), fontes digitais e demais materiais sobre o tema.

1. JURISDIÇÃO: TEMPO E ESPAÇO

Busca-se a compreensão sobre a formação jurídica e os vínculos que influenciaram o "Direito moderno". Para tanto, faz-se referência ao sistema e as fontes europeias, essas com traços que remetem as fontes romanas, todavia o rompimento entre o direito praticado e o teórico é considerado um traço marcante da formação jurídica.⁴

Explica Silva,

[...] uma das tantas distinções marcantes entre o *commom law* e o direito continental europeu, herdeiro do direito romano-cristão. John H. Merryman lembra que os grandes doutrinadores do *commom law* são em geral magistrados, ao passo que, no sistema continental europeu, a doutrina é basicamente obra de teóricos e professores universitários. Esta peculiaridade do chamado sistema escrito, ou *civil law*, decorre de um importante conjunto de pressupostos

³ "O sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo. Basta dizer que, quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente. A distância de tempo não é algo que tenha de ser superado. Esta era, antes a pressuposição ingênua do historicismo, ou seja, que era preciso deslocar-se ao espírito da época, pensar segundo seus conceitos e representações em vez de pensar segundo os próprios, e somente assim se poderia alcançar a objetividade histórica. Na verdade trata-se de reconhecer a distância de tempo com uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, a cuja luz nos é mostrado todo o transmitido. Nada além do que essa distância de tempo torna possível resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os verdadeiros preconceitos sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem os mal-entendidos. A compreensão começa onde algo nos interpela. Esta é a condição hermenêutica suprema. Sabemos agora que ela exige com isso: a de suspender por completo os próprios preconceitos. Porém, a suspensão de todo juízo e, *a fortiori*, de todo preconceito, visto logicamente, tem a estrutura da pergunta. A essência da pergunta é a de abrir e manter abertas possibilidades. Uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar na própria compreensão a realidade da história. Ao que é exigido com isso, eu chamo de "história efetual". Entender é, essencialmente, um processo de história efetual." GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Rio de Janeiro: Vozes, 2003. p. 444-447

⁴ SILVA, Olívio Baptista da. *Processo e ideologia*: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 35

culturais, dentre os quais se destacam a formação do Estado na Europa, que plasmou através da doutrina da separação de poderes, com a substituição dos direitos costumeiros medievais pelo direito produzido exclusivamente pelo Estado, inicialmente pelos monarcas, depois pelo Poder Legislativo.⁵

Verifica-se que é preciso refletir sobre o Estado e sua transformação histórica, mesmo que privilegiando o Estado moderno e as celeumas que envolvem o tema jurisdição.⁶

Neste sentido, Streck e Moraes⁷ sintetizam alguns parâmetros identificadores caracterizando-os, aos quais nominam de "formas estatais pré-modernas"; iniciam com o "Oriental ou Teocrático" caracterizado como uma forma estatal definida entre as antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo. Neste a família, a religião, o Estado e a organização econômica formavam um conjunto interpretado pelos autores como confuso, pois não havia uma diferenciação aparente.

Consequentemente, não é possível distinguir o pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou de doutrinas econômicas. Dentre as características, então, centravam-se a natureza unitária, não havendo divisão interior, territorial e de funções, e, a religiosidade, a autoridade do governante e as normas de comportamento eram tidas como expressão de um poder divino, configurando, assim, a estreita "relação Estado/divindade".⁸

Em relação a "Pólis Grega", outra forma estatal, os autores a caracterizam como: "cidades - Estado, [...] a pólis como sociedade política de maior expressão, [...]; uma elite (classe política) com intensa participação nas decisões do Estado nos assuntos públicos". E por fim, a "Civitas Romana", cujas características assentavam-se na base familiar de organização; a noção de povo era restrita, e, considerados uma faixa estreita da população, os magistrados eram tidos como governantes superiores.⁹

⁵ Idem., 2004. p. 35

⁶ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função?* (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do estado democrático de direito?) Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos São Leopoldo: UNISINOS, 2008. p. 93

⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria de estado*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 23

⁸ Idem., 2012. p. 23

⁹ Idem., 2012. p. 23

Segundo Streck e Morais:

[...] é possível afirmar que o Estado é um fenômeno original e histórico de dominação. Cada momento histórico e o correspondente modo de produção (prevalente) engendram um determinado tipo de Estado. Observe, assim, que o Estado moderno, em sua primeira versão absolutista, nasce das necessidades do capitalismo ascendente, na ultrapassagem do período medieval. Ou seja, o Estado não tem uma continuidade evolutiva, que o levaria ao aperfeiçoamento: são as condições econômicas-sociais que fazem emergir a forma de dominação apta a atender os interesses das classes hegemônicas.¹⁰

Espindola¹¹ menciona que a jurisdição brasileira, bem como as demais jurisdições de tradição romano-canônica ainda apresentam resistência à tutela preventiva, pautando-se pelo paradigma racionalista, as ideologias liberais-normativistas e no direito romano tardio.

Deste modo, é preciso avançar na interpretação da lei para, a partir de uma releitura da doutrina moderna e das instituições processuais, pois

o conceito romano de jurisdição e a resistência às ações de direito material encontram campo fértil na concepção de direito moderno dos séculos XX e XXI. Concretizar direitos não é apenas reparar lesão a direito material. Tutelar direitos não é aguardar a violação de uma norma jurídica ou simplesmente “dizer” o direito. Não raros são os direitos para os quais a tutela repressiva é inútil ou de escassos efeitos. Propor uma nova atuação jurisdicional por meio da releitura da história das instituições processuais, abandonando a concepção de processo como produto da racionalidade instrumental-procedimental e atentando para a tutela preventiva e para o contraditório diferido ou eventual, coloca-se como um dos desafios para o direito processual

¹⁰ Idem., 2012. p. 28

¹¹ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função?* (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do estado democrático de direito?) Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos São Leopoldo: UNISINOS, 2008. p. 62

civil moderno. Trata-se de revisitar o conceito de jurisdição e o conceito da *actio* romana, resgatar o conceito de pretensão e direito material, de ações de direito material e de ação de direito processual, investigando as razões históricas e ideológicas da supressão das tutelas preventivas, para, então, propor uma superação do paradigma dominante sob a luz do tempo do direito. Tudo isso orientado pela busca do sentido do direito e da jurisdição chamada a realizá-lo. Esquivar-se desse desafio equivale a permanecer cúmplice da defasagem espacial e temporal; é contribuir para a objetificação do direito processual civil na tradição romano-canônica.¹²

Em âmbito histórico, Silva¹³ delimita como marco significativo no século XVII, os sistemas filosóficos diferentes entre si, os quais se submetiam ao princípio racionalista¹⁴. Assim, unidos por elementos comuns, sendo denominados de “comunidade científica”, processo no qual eram vistos como responsáveis por concretizar um conjunto de objetivos e formar sucessores.

Daí falar-se em quebra de paradigmas para efetivar um progresso científico, mesmo que a criação do mundo jurídico, tão presente na atual concepção do Direito tenha sido uma consequência do racionalismo, todavia essa percepção não precisa se perpetuar como verdade.

Na concepção de Silva:

O direito processual moderno, como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições, integra o paradigma que no mantém presos ao racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a História encarregou-se de sepultar. Esta é a herança que temos de exorcizar, se quisermos libertar de seu jugo o Direito Processual Civil,

¹² ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função?* (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do estado democrático de direito?) Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos São Leopoldo: UNISINOS, 2008. p. 62-65

¹³ SILVA, Olívio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 73-79

¹⁴ Exemplificando a assertiva: “Grotius considerava a verdade, tanto na matemática quanto na ética e no direito natural, tão permanente e eterna que nem mesmo Deus poderia transformá-la, Spinoza, ao contrário, sustentava que o Direito definia-se pelo poder, e a justiça ou injustiça de uma determinada ação somente seriam pensáveis dentro de um Estado, sendo uma consciência do exercício de decidir o que é bom e o que é mau”. Idem., 2004. p. 73

tornando-o o instrumento a serviço de uma autêntica democracia. É ela a responsável pela suposta neutralidade dos juristas e de sua ciência, que, por isso, acabam permeáveis às ideologias dominantes, sustentáculos do sistema, a que eles servem, convencidos de estarem a fazer ciência pura.¹⁵

A crítica do autor busca demonstrar a necessidade de afastar o Direito do racionalismo, acompanhando as transformações sociais e políticas ocorridas no século XX, principalmente o direito processual. Para tanto, é imprescindível recuperar sua historicidade, rompendo com dogmas e introduzi-lo no domínio das ciências da compreensão, tornando ineficaz sua utilização como instrumento do "Poder".

Para Castanheira Neves¹⁶ "é vocação do *judicium* exorcizar o poder só como poder e mais ainda a força arbitrária impondo razões de validade e críticas à ação na interação, e o nosso tempo, que tem feito experiências cruéis [...] desse poder [...]".

Infero o autor, que se o tempo atual deve ser um tempo de transformações em todos os domínios, não é de causar estranheza que a compreensão e valorização do "poder jurisdicional", da jurisdição e do papel do juiz, se encontram em discussão, justificando a necessidade do mesmo acompanhar a modernidade, pois,

É como se o próprio apelo e importância atribuídos a jurisdição em geral viesse a revelar na jurisdição existente a falta da jurisdição para que se apela. E, então, se são diversos os problemas que assim se suscitam e se multiplicam, agudos e complexos, fundamental é reconhecer que, importantes embora os problemas estruturais, o decisivo é todavia o problema do sentido, do sentido da jurisdição hoje. Por isso se fala, e bem, de crise do juiz, de crise da justiça.¹⁷

¹⁵ SILVA, Olívio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 79

¹⁶ CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 74, 1998. p. 1

¹⁷ Idem., 1998. p. 1-2

De fato, a separação entre teoria e prática, resultou em conquistas às classes dominantes, no momento em que “[...] sujeitaram os magistrados aos desígnios do poder, impondo-lhes a condição de servos da lei”. Não obstante, ainda, foi concentrada a produção do Direito no nível legislativo, não reconhecendo aos juízes “[...] a menor possibilidade de sua produção judicial [...]”. Visavam alcançar, assim, a utopia do racionalismo, a certeza do direito, “[...] soberanamente criado pelo poder, sem que a interpretação da lei, no momento de sua aplicação jurisdicional, pudesse torná-lo controverso e, portanto, incerto”, ideologia testemunhada pelas cortes de cassação europeias.¹⁸

Referindo-se ao poder judicial e sua função, Castanheira Neves¹⁹ revela que a jurisdição é considerada um tema a ser debatido, devido aos problemas no universo jurídico atual, os quais não se restringem ao âmbito estrito, projetando-se a muitas dimensões no “mundo global”.

Nesse contexto, menciona Streck,

[...] como é possível que juízes (constitucionais ou não), não eleitos pelo voto popular, possam controlar e anular leis elaboradas por um poder eleito para tal e aplicadas por um Poder Executivo também eleito? O princípio da maioria pode ceder espaço para a supremacia da Constituição que estabelece, em seu texto, formas de controle sobre a assim denominada “liberdade de conformação do legislador”?²⁰

Segundo o autor, tais questões provocam discussões relacionadas ao Estado Democrático de Direito, a Justiça Constitucional e o seu papel.²¹ O qual precisa ser analisado confrontando-se “[...] os poderes do Estado, seus limites através

¹⁸ SILVA, Olívio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 36

¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 74, 1998. p. 1

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 115

²¹ “O que importa ressaltar, desde logo, é que a experiência de inúmeras nações tem apontado para o fato de que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar sem uma justiça constitucional. Guardadas as especificidades dos vários países, a justiça constitucional é condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, questão que vem à tona desde o momento em que se passa a entender que as normas constitucionais são normas dotadas de eficácia, quando se abandona o conceito de Constituição no seu sentido meramente formal e programático.” Idem., 2013. p. 115

da jurisdição constitucional e as condições de possibilidade do exercício da assim denominada 'liberdade de conformação do legislador'".²²

Não sendo equivocado afirmar que a possibilidade de atuação do legislador é menor quando estão presentes os direitos de liberdade. Entretanto, "[...] quando se trata de liberdades econômicas, de mercado, ou de prestações sociais (políticas públicas), o leque de opções legislativas (e do Poder Executivo) é nitidamente maior [...]". Todavia, "[...] não significa que os atos legislativos e de governo não tenham que estar conformados com o texto da Constituição e sua materialidade".²³

Revela-se uma tensão entre jurisdição e legislação, com o surgimento do paradigma do Estado Democrático de Direito²⁴. Streck entende que é preciso dar à devida importância as discussões que envolvem o tipo de justiça constitucional,

[...] encarregada de realizar o controle da constitucionalidade do ordenamento jurídico de cada país. O deslocamento do polo de tensão relacionado à clássica questão da divisão-separação de Poderes recebe, destarte, uma nova concepção a partir do estabelecimento de tribunais que não fazem parte – *stricto sensu* – da cúpula do Poder Judiciário, trazendo consigo, em sua estruturação, a efetiva participação do Poder Legislativo.²⁵

Busca-se, ainda com base em Streck situar a evolução do contexto até o Estado Democrático de Direito, passando pelo Estado liberal e o Estado social.

Observe-se que, no Estado liberal, "[...] o Direito tinha a função ordenadora e fixadora das bases da legislação para contrapor-se ao antigo regime e tudo o que ele representava. Para essa tarefa, havia que se superar o jusnaturalismo"^{26, 27}

²² Segundo Canotilho: "[...] a doutrina constitucional procurou, através de medidas (princípios) jurídico-constitucionais – princípio do excesso, princípio da exigibilidade, princípio da proporcionalidade e princípio da adequação – alicerçar um controle jurídico-constitucional da liberdade de conformação do legislador e (mais concretamente no campo da Constituição dirigente) situar constitucionalmente o espaço de prognose legislativa". Idem., 2013. p. 116-117

²³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 116-117

²⁴ Explicado por Streck, no seguinte sentido: "[...] O juiz constitucional aplica certamente direito; mas a aplicação deste direito acarreta consigo necessariamente que aquele que a faz proceda a valorações políticas". Idem., 2013, p. 117

²⁵ Idem., 2013. p. 118

²⁶ "O triunfo da vontade geral traz ínsito um deslocamento da esfera de tensão e poder do Executivo (que representava o absolutismo) para a vontade popular-revolucionária (representada no Legislativo) que triunfou. Sem qualquer legitimidade, o Judiciário é colocado à margem desse

Após a segunda-guerra tem origem um novo Estado de Direito, cuja preocupação centrava-se nos direitos fundamentais e na democracia, estes “[...] sustentáculos desse novo modelo, donde não pode haver retrocesso”²⁸.

2 O SENTIDO DA JURISDIÇÃO

Verifica-se que houve um constante e evolutivo processo até que de fato se assentasse a legitimidade do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, ao qual é atribuída a função de resguardar os direitos sociais-fundamentais e a democracia. Passando, a ser “[...] a condição de possibilidade do agir legítimo de uma instância encarregada até mesmo - no limite - para viabilizar políticas públicas decorrentes de inconstitucionalidades por omissão [...]”²⁹.

Para compreensão da formação jurídica³⁰, apresenta-se uma delimitação efetuada por Ferreira Filho, para quem:

processo. A própria noção de Constituição não assume lugar cimeiro no velho continente, porque tratava do público, em tempos de triunfo do privado. A relevância estava no Código Civil, e não no texto constitucional. A crise desse modelo liberal engendra a necessidade de alterações no papel do Estado e do Direito. Do problemático absentéismo exigia-se um Estado que impedisse a revolução que poderia surgir da incapacidade do liberalismo em gerar uma sociedade que compatibilizasse progresso com distribuição de renda e justiça social. É o cenário próprio para o aparecimento do Estado de feição intervencionista, onde o polo de tensão do poder desloca-se em direção ao Executivo. Afinal, para realizar políticas públicas corretivas, era necessário um Estado forte e de um Direito apto a albergar os (necessários) atos promovedores de tais políticas [...]. Muda a feição do Estado; altera-se a feição do Direito (e das Constituições).” Idem., 2013. p. 124

²⁷ Idem., 2013. p. 124

²⁸ “Por isso, para utilizar uma linguagem hermenêutica, é possível dizer que a noção de Estado Democrático de Direito que a tradição nos legou é um existencial. Qualquer problematização que se pretenda elaborar acerca da democracia e do agir dos agentes sociais se dará neste espaço, onde ocorre o sentido do Direito e da democracia. O Estado Democrático de Direito é, assim, um “desde-já-sempre”, condicionando nosso agir-no-mundo, porque faz parte de nosso modo de-ser-no-mundo. O Estado Democrático de Direito não é algo separado de nós. Como ente disponível, é alcançado pré-ontologicamente. *Ele se dá como um acontecer*. Nesse sentido, é possível dizer que o agir jurídico-político dos atores sociais encarregados institucionalmente de efetivar políticas públicas (*lato sensu*) acontece nessa manifestação prévia, onde já existe um processo de compreensão.” STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 124-125

²⁹ Idem., 2013. p. 125-126

³⁰ “Na verdade, é difícil compreender como se pode sustentar que, em sua substância, seja a função jurisdicional distinta da função executiva. O único ponto por que uma pode ser distinguida da outra é o modo de execução da lei que obedece o Judiciário. De fato, esta aplica a lei contenciosamente, isto é, com a possibilidade rigorosamente garantida de debate entre as partes interessadas no litígio. Abre-se perante ele sempre a possibilidade do contraditório, permitindo-se a todos os que serão afetados pela decisão fazerem ouvir suas razões, seus argumentos. E em razão dessa garantia que fazer presumir o acerto da decisão, ela goza de uma forma de imutabilidade – a coisa julgada. O modo, porém, não muda a natureza da função. Embora o faça contenciosamente, o juiz sempre está executando, dando aplicação à lei”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 38

O Estado contemporâneo ocidental juridicamente se estrutura em obediência ao princípio da separação, ou divisão de poderes, conforme a sua versão clássica, dada por Montesquieu n' O espírito das leis. Distinguem-se nele, pois três poderes, ou seja, três grupos de órgãos independentes, cada qual exercendo, com relativa exclusividade, uma função distinta por sua natureza das demais. O último desses três poderes seria o Judiciário, incumbido da função jurisdicional. Ou seja, da função de fazer justiça.³¹

Silva³² enfatiza a importância de constituir o Direito como instrumento democrático, que contribua com uma visão do fenômeno jurídico, contemplando a dimensão hermenêutica e atribuindo-lhe a natureza de ciência da compreensão.

Visualizam-se questões pertinentes à colocação do jurista no tempo³³ presente, quando abrange o Direito, e como bem assinala Espindola:

Há que se dar vazão ao processo histórico e cultural da (r)evolução do direito e conseqüentemente, à superação (ou pelo menos à conscientização) de uma crise paradigmática na qual se insere o direito hoje. Uma crise que envolve não só o pensamento jurídico e os compromissos jurídicos, mas também o modelo de produção do direito. O direito é pensado por meio de conceitos, desconsiderando que, na verdade, o direito existe nos fatos, na riqueza dos fatos.³⁴

³¹ Idem., 2013. p. 38

³² SILVA, Olívio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 37

³³ "A sociedade contemporânea está em rápida e permanente transformação, fato este que requer do jurista a consciência de que apenas "será sujeito da construção do tempo histórico, se tiver a capacidade de decidir, a partir de outra configuração temporal". A sociedade é complexa, e, portanto, fazem-se necessárias, teorias igualmente complexas para enfrentar essa complexidade, os paradoxos e os riscos que passam a emergir. Reconstruir o Direito, tornando-o efetivo, é uma tarefa que pode ser iniciada mediante a observação do tempo". ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 216.

³⁴ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função?* (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do estado democrático de direito?) Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos São Leopoldo: UNISINOS, 2008. p. 37

Portanto, a reflexão sobre os percursos lógicos, tidos como soluções incontestas para solucionar conflitos jurídicos, os quais fazem parte do Direito precisam ser revistos³⁵.

Silva menciona filósofos³⁶ do século XVII que representaram esse ideário, bem como seus representantes, que contribuíram para o abandono do exame dos casos concretos, justificado pela complexidade de que se revestem, ou seja, o abandono da realidade social, segundo o autor é preciso reconhecer o empenho de Savigny

[...] em aproximar o ensino do Direito da experiência dos tribunais [...] sua recomendação de que o jurista se mantenha atento às diversidades dos casos individuais, porém o instrumento apropriado para examiná-los haverá de obedecer à metodologia matemática, único critério capaz de conseguir a tão sonhada 'integridade material' do sistema, com expurgo da retórica forense, ciência de segunda classe, que apenas serviria, segundo a ideologia da segurança, para

³⁵ Na opinião de Faria: “[...] os cursos jurídicos, tradicionalmente reconhecidos como os mais aptos a veicular uma “cultura técnica legítima”, isto é, a inculca-la e a reproduzi-la num universo profissional específico, condenam os estudantes a uma (in)formação burocrática, incapaz de perceber e captar as razões dos conflitos e das tensões sociais. Ao mesmo tempo, esses cursos também cristalizam e reproduzem com propósitos hegemônicos um contraditório conjunto de crenças, juízos éticos, proposições científicas, justificações e saberes acumulados, expresso por meio de disciplinas específicas legitimadas por discursos produzidos pelos tribunais e institucionalizados pelas práticas jurídicas travadas em seu interior. Por esses motivos, um ensino jurídico desse tipo termina por atribuir significações arbitrárias da realidade social, projetando-as imaginariamente como possíveis e desejáveis, ainda que nem sempre factíveis, plasmando-as em discursos reificantes, a-históricos e com pretensões de generalidade. Em vez de: (a) apresentar os institutos jurídicos a partir das suas raízes no processo das relações; (b) identificar a existências de múltiplas formas estatais e para-estatais de resolução dos conflitos inter-pessoais e coletivos; (c) constatar a emergência de novos atores dispostos a atuar na mediação formal e informal das relações sociais, esse tipo de ensino jurídico limita-se – e o faz de modo nada inocente ou ingênuo – a: (a) valorizar uma abordagem sistemática e lógico-dedutiva; (b) privilegiar o princípio da autoridade; (c) importar, para dentro das faculdades de direito, o *habitus* profissional dos “juristas de ofício” com a finalidade de valorizá-lo como um “capital de conhecimento” capaz de distinguir os atores jurídicos formalmente aptos a operar os códigos e as leis dos atores “profanos” (os sociológicos, os cientistas sociais, os políticos, os burocratas, os rábulas, etc.); e (d) desprezar a riqueza da experiência cotidiana. Uma experiência fundamental pois revela, como afirma Hesphana, “a conflituosidade entre os paradigmas da prática e do discurso dos juristas acadêmicos, em contraposição com os dos juristas práticos; ou (o paradigma) do *establishment* do foro em confronto com o paradigma dos jovens magistrados e advogados; daí que os modelos de legitimação das práticas (e dos discursos) jurídicas não sejam o produto do consenso, mas antes de lutas pelo poder no seio do campo profissional; lutas em que cada grupo procura impor um paradigma que aumente o seu capital político dentro desse campo, reduzindo (ou excluindo) o poder dos concorrentes; assim, à luta pela reprodução do seu papel global de árbitros das relações sociais coma-se a tensão entre os vários paradigmas de efetivar essa arbitragem”. FÁRIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 92-93

³⁶ Leibniz e Locke reproduzida por Savigny.

tornar inseguro o Direito. É visível a presença de Leibniz e especialmente de Locke no pensamento de Savigny.³⁷

Para Silva³⁸ é preciso revelar o compromisso do “Direito Processual Civil com o Racionalismo”, especificamente as repercussões do Direito Processual Civil formado na tradição romano-canônica, devido ao seu componente ideológico.

Na concepção de Espindola³⁹, “os avanços e as contribuições do Iluminismo e do Racionalismo para a humanidade são inegáveis [...]”. Todavia, “[...] resta saber se esse padrão epistemológico atende às expectativas forjadas já nos séculos XX e XXI, períodos de mudanças em vários setores”.

O que suscita questionamentos relacionados à crença da separação de poderes, da neutralidade do juiz, o princípio da segurança jurídica e a teoria das fontes serem suficientes para atender às necessidades sociais de um novo período, e ainda se,

a sistemática do processo civil contribuiu para a realização do direito, para a emergência do direito enquanto direito no contexto das sociedades de massas? A certeza e a segurança foram (são) aspirações da Ciência Moderna. No entanto, os direitos sofrem mutações: os direitos, antes de natureza eminentemente privada, à luz do individualismo, desdobram-se em direitos sociais. Trata-se do cenário do desvelamento dos novos direitos, que passam a exigir um novo tipo de comportamento da ciência processual. Sejam aqueles direitos individuais, sejam os novos direitos, mais especialmente estes, o transcurso do tempo do processo passa a atingi-los fatalmente, exigindo uma cobertura judicial urgente. Um novo contexto se apresenta: o padrão epistemológico do direito processual civil precisa mudar substancialmente para adequar-se às novas exigências da sociedade, sob pena de perecer vitimado pelo ceticismo e insucesso. Há que se ir além da tutela jurisdicional ordinária, repressiva, reparadora. [...] A autonomia do direito

³⁷ SILVA, Olívio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 38-39

³⁸ Idem., 2004. p. 57

³⁹ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do estado democrático de direito?)* Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos São Leopoldo: UNISINOS, 2008. p. 62-63

processual civil foi levada muito a sério, edificando um sistema processual que não se relaciona com o direito e com o sentido do direito. O insucesso desta fórmula fez surgir inúmeros esforços intelectuais que culminaram com a perspectiva instrumentalista do processo, idealizando-se um processo de resultados, que acabou abrindo, de certo modo, espaço para a construção das tutelas jurisdicionais diferenciadas – uma alternativa ao processo ordinário.⁴⁰

O discurso jurídico não pode mover-se autosuficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente, é preciso manter-se aberto a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas do direito.⁴¹

A correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação que tornam possíveis uma formação imparcial do juízo. Todavia, a problemática é a indeterminação do processo do discurso; as condições procedimentais para argumentações em geral não são suficientemente seletivas para obter uma única decisão correta.⁴²

Daí a necessidade de se aproximar da compreensão hermenêutica para minimizar os limites do judiciário.⁴³

3 LIMITES À JURISDIÇÃO

Farias argumenta sobre paradigmas científicos e sociais cujos postulados, princípios e categorias, no modelo processual brasileiro, se expressam pela unidade de jurisdição,

⁴⁰ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do estado democrático de direito?)* Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos São Leopoldo: UNISINOS, 2008. p. 63-64

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 287-288

⁴² Idem., 2003. p. 287-288

⁴³ Como bem assinala Faria: "Diante da realidade atual da América Latina (e com especial atenção para o Brasil), em cuja sociedades os movimentos sociais lutam por aprofundar o conteúdo democrático dos regimes recém-saídos do autoritarismo burocrático-militar, ambas concepções de direito têm enfrentado dificuldades para afirmar-se hegemonicamente na formação dos atores jurídicos e na determinação de seu "estilo" de atuação e do alcance de seu papel como mediadores privilegiados dos conflitos sociais." FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 82-83

[...] juiz monocrático de primeiro grau, processo civil condicionado à iniciativa de uma parte, respeito à congruência entre o pedido e a sentença, tipicidade dos atos processuais, duplo grau de jurisdição, igualdade das partes, participação pelo contraditório e exigência do julgamento legal e não da equidade dos casos concretos, têm sido cada vez mais erodidos pelas crescentes contradições socioeconômicas dessas sociedades: afinal, para ajustar-se a situações cada vez mais tensas e explosivas, nas quais os tradicionais conflitos entre cidadãos *versus* cidadãos e cidadãos *versus* Estado vão sendo substituídos - em grau de importância e de impacto para a ordem social - pelos novos conflitos entre cidadãos *versus* conglomerados econômicos e entre os próprios interesses do capital entre si, a dogmática jurídica vai sendo obrigada a assumir tarefas com dimensões ignoradas pelo liberalismo político que a inspirou.⁴⁴

A dogmática jurídica, algumas vezes acaba substituindo o "caráter tecnicista, o estilo generalizador e o ideário individualista dos códigos tradicionais por soluções metaindividuais - o que não só contribui para desorganizar a estrutura formal do ordenamento vigente". Comprometendo a ideologia da independência judicial tradicional, a separação entre o direito e a política entre a política e a economia, entre a legalidade e a justiça⁴⁵.

A efetividade do direito precisa ser examinada dentro de uma perspectiva mais ampla, principalmente quando o objetivo buscado é a estabilidade jurídica e as reformas sociais.

Neste contexto, menciona Espindola:

Tratar sobre Jurisdição, sua concepção e sua função, é antes de mais nada discutir sobre o perfil do Estado. Antes de se

⁴⁴ FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 82-83

⁴⁵ "Afinal, desde a sua criação na primeira metade do século XIX, as faculdades brasileiras de direito - a exemplo de outras que se foram estabelecendo na América Latina - sempre utilizaram *paradigmas* muito específicos de Ciência do Direito, apresentando-os sob os rótulos vagos e ambíguos de "humanismo" e "profissionalismo", estruturando-os a partir das cátedras de direito civil, desenvolvendo-os a partir de uma "teoria geral" de caráter individualista e privatista e limitando-se a atuar como simples "escolas de legalidade", isto é: como escolas formadoras não só dos manipuladores técnicos das instituições jurídicas, mas dos próprios quadros burocráticos do aparelho estatal. Essa ideia de *paradigma* tem aqui um significado bastante preciso e específico, implicando uma teoria básica, uma matriz disciplinar e algumas aplicações exemplares amplamente aceitas pelos cientistas, ao ponto de suspenderem o esforço crítico de discussão de seus pressupostos e de suas possíveis alternativas substitutivas". Idem., 1992. p. 83-84

defender um sentido de Jurisdição, é preciso observar o modelo de Estado que se experimenta na modernidade. Não é por coincidência que as reflexões sobre o Estado e suas implicações na modernidade consistem em temática recorrente, em especial, no contexto de um mundo globalizado. As mudanças estruturais da política nacional e internacional provocaram e continuam provocando profundas transformações no Estado, seja no que diz respeito às funções estatais, aos arranjos institucionais, à base social, à legitimidade política, à autonomia seja no que diz respeito à promoção e proteção de direitos, o que impacta o direito processual. É preciso ter-se claro o sentido de jurisdição para a efetiva construção de um Estado Democrático de Direito.⁴⁶

Comenta Espíndola⁴⁷ que as imagens construídas no tempo e espaço sobre “Estado, jurisdição, direito material e direito processual”, sofreram modificações, redefinindo-se e redimensionando-se, portanto, “vivencia-se, hoje, o declínio de velhos paradigmas estatais e a insuficiência/ineficiência da ciência jurídica ante a complexidade social”.

Para Faria⁴⁸, enquanto houver tentativas frustradas para assegurar o que constitucionalmente é garantido de forma igualitária, necessário se faz, que, os tribunais cumpram com seu papel perante a sociedade, não é suficiente à mera resolução de conflitos, deve haver adequação da aplicação das normas jurídicas de acordo com caso concreto, e, por consequência ocorrerá a substituição de uma concepção de cunho individualista para coletiva produzindo assim, um novo “sentido de ordem”, por conseguinte um novo sentido ao direito.

⁴⁶ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. Uma resposta culturalmente humana a um problema também humano: a crise da jurisdição e a emergência do Direito como plataforma civilizacional. In: TRINDADE; ESPINDOLA; BOFF, (Org.). *Direito, Democracia e Sustentabilidade*: Anuário do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Meridional, 2013. p. 2.105

⁴⁷ ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. Uma resposta culturalmente humana a um problema também humano: a crise da jurisdição e a emergência do Direito como plataforma civilizacional. In: TRINDADE; ESPINDOLA; BOFF, (Org.). *Direito, Democracia e Sustentabilidade*: Anuário do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Meridional, 2013. p. 2.118

⁴⁸ FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito*: os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 107

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao mencionar a crise do direito e por consequência da jurisdição, bem como, as formas de interpretar e compreender a jurisdição, é possível observar que, tanto a jurisdição como a legislação era interpretada como função soberana do Estado, à legislação cabia estabelecer as normas e à jurisdição executá-las.

Dessa forma, ao refletir sobre a jurisdição e seus limites, aproxima-se da necessidade de mudança de paradigma que convirjam para efetivação de novos métodos de interpretação, contribuam para o direito assumir sua dimensão hermenêutica. Trata-se de adotar novas formas de compreensão, que visem à superação do direito, sendo este não apenas um sistema de regras, mas compreendido no plano da hermenêutica, atribuindo antes desta compreensão a antecipação de seu sentido.

Neste contexto, revela-se essencial os papéis da jurisdição, do poder judicial e o papel do juiz na concretização dos direitos fundamentais e na prática democrática ao exercício da cidadania.

Para tanto, a compreensão e/ou a interpretação do direito deve contemplar os valores constitucionais, seguindo na direção da realização do direito em sua dimensão hermenêutica como forma de consolidar o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, A. A revolução e o Direito. **Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.** Lisboa: Coimbra Editora, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 74, 1998.

SILVA, Juliana Gomes; SILVA, Adamir André. A jurisdição e seus limites: um novo olhar para o direito e para a jurisdição. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. **Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função?** (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do estado democrático de direito?) Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos São Leopoldo: UNISINOS, 2008.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. Uma resposta culturalmente humana a um problema também humano: a crise da jurisdição e a emergência do Direito como plataforma civilizacional. In: TRINDADE; ESPINDOLA; BOFF, (Org.). **Direito, Democracia e Sustentabilidade**: Anuário do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Meridional, 2013.

ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. A refundação da jurisdição e a concretização dos direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica Acessado em: 12 jan., 2015.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Olívio Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria de estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e*

SILVA, Juliana Gomes; SILVA, Adamir André. A jurisdição e seus limites: um novo olhar para o direito e para a jurisdição. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, p.257-301, maio/ago. 2003.

STRECK, Lenio Luiz. O direito como um conceito interpretativo. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 500-513, jul./dez. 2010.

Submetido em: Maio/2015

Aprovado em: Julho/2015