



Centro Universitário de Brasília — UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais — FAJS

**PAULO HENRIQUE GURJÃO DE CARVALHO AMARAL**

**OS EFEITOS DO NEOPROCESSUALISMO  
NO NOVO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO  
E AS INFLUÊNCIAS NOS DEMAIS GRAUS DE JURISDIÇÃO**

Brasília  
2014



**PAULO HENRIQUE GURJÃO DE CARVALHO AMARAL**

**OS EFEITOS DO NEOPROCESSUALISMO  
NO NOVO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO  
E AS INFLUÊNCIAS NOS DEMAIS GRAUS DE JURISDIÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília — UniCEUB.

Orientador: Prof. João Ferreira Braga

Brasília

2014

---

Amaral, Paulo Henrique Gurjão de Carvalho

Os efeitos do neoprocessualismo no novo processo constitucional brasileiro e as influências nos demais graus de jurisdição / Paulo Henrique Gurjão de Carvalho Amaral. — Brasília: O autor, 2014.

72 f.

Dissertação apresentada para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília — UniCEUB. Orientador: Prof. João Ferreira Braga.

1. Direito Constitucional. 2. Direito processual. 3. Processo constitucional.

I. Título.

CDU ?

---

**PAULO HENRIQUE GURJÃO DE CARVALHO AMARAL**

**OS EFEITOS DO NEOPROCESSUALISMO  
NO NOVO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO  
E AS INFLUÊNCIAS NOS DEMAIS GRAUS DE JURISDIÇÃO**

Monografia apresentada como requisito  
para conclusão do curso de Bacharelado  
em Direito pela Faculdade de Ciências  
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário  
de Brasília — UniCEUB.

Orientador: Prof. João Ferreira Braga

Brasília, 2 de abril de 2014.

Banca Examinadora

---

Prof. João Ferreira Braga

---

Prof. Salomão Almeida Barbosa

---

Prof. João Rezende Almeida Oliveira



## AGRADECIMENTO

Agradeço a todos que contribuíram para que eu visse o Direito não como rocha, que na permanência se consome; mas como água, que na mudança se mantém. Agradeço aos meus familiares, amigos, professores e colegas.

Agradeço, sobretudo, a meu avô.





Na vida tudo chega de súbito. O resto, o que desperta tranquilo, é aquilo que, sem darmos conta, já tinha acontecido. Uns deixam a acontecência emergir, sem medo. Esses são os vivos. Os outros se vão adiando. Sorte a destes últimos se vão a tempo de ressuscitar antes de morrerem.

(Mia Couto — 1998)



## RESUMO

Estuda-se como a evolução do direito, no ramo do direito processual, afetou o processo constitucional e, por conseguinte, de que forma essa mudança influenciou os diversos graus de jurisdição. Analisa-se a evolução do constitucionalismo, desde os primeiros debates sobre a necessidade do direito positivo, o desenvolvimento das correntes pós-positivistas e a consequente constitucionalização do direito. Estuda-se de que maneira essa mudança do direito afeta o processo, o que induz seja analisada também a sua evolução histórica até a teoria contemporânea. Examina-se a função do processo e o seu papel em relação ao direito material discutido em litígio: como poderá ser um instrumento de proteção e efetivação dos direitos e garantias previstos tanto na legislação ordinária quanto na constitucional. Por conseguinte, analisa-se o papel do juiz na concretização de direitos e a necessidade que levou ao reconhecimento de direitos fundamentais processuais. Observa-se, portanto, como mudará o processo, tanto em âmbito constitucional quanto em ordinário, apesar da abrangência distinta de um e outro. No primeiro, se desenvolverá de maneira em que a tutela do direito tenha maior relevância, uma vez que a lide tutela direitos muitas vezes previstos na própria Constituição, basilares ao ordenamento jurídico pátrio; enquanto no ordinário, em face da disponibilidade dos bens tutelados, possa ser dada maior relevância à vontade das partes. Por fim, verifica-se se a mudança na aplicação dos diversos instrumentos do processo ensejará alteração capaz de proporcionar uma tutela de direitos mais efetiva, sejam eles constitucionais ou não.

Palavras-chave: Direito Processual — Processo constitucional — Tutela de direitos — Hermenêutica — Análise.



## Sumário

<b>Introdução.....</b>	<b>13</b>
<b>1 Constitucionalismo contemporâneo.....</b>	<b>15</b>
1.1 Breve análise sobre o direito positivo.....	15
1.1.1 Norma jurídica.....	15
1.1.2 A necessidade da teoria positivista.....	16
1.1.3 A posterior crise do direito positivo.....	17
1.2 O desenvolvimento do neopositivismo.....	18
1.2.1 A crítica de Dworkin.....	19
1.2.2 A resposta de Hart.....	20
1.2.3 A racionalidade como fonte do direito.....	21
1.2.4 A mudança no método interpretativo.....	22
1.3 A constitucionalização do direito.....	23
1.3.1 A centralização do texto constitucional.....	23
1.3.2 Os direitos fundamentais como centro da Constituição.....	27
<b>2 Processualismo contemporâneo.....</b>	<b>29</b>
2.1 Evolução histórica do processo.....	29
2.1.1 Teoria imanentista.....	29
2.1.2 Fase privatista.....	30
2.1.3 Fase publicista.....	32
2.2 A teoria processual contemporânea.....	34
2.2.1 A concretização da função do processo.....	34
2.2.2 A tutela do direito material no âmbito processual.....	37
2.2.3 O papel do juiz na constitucionalização da jurisdição.....	39
2.2.4. Direitos fundamentais processuais.....	43
<b>3 Os novos processos constitucional e ordinário.....</b>	<b>47</b>
3.1 O processo constitucional.....	47
3.2 Instrumentos do processo.....	49
3.2.1 O impulso.....	50
3.2.2 A cognição.....	54
3.2.3 A tutela.....	56
3.3 Mudanças no processo.....	58
<b>Conclusão.....</b>	<b>66</b>
<b>Referências Bibliográficas.....</b>	<b>69</b>



## Introdução

O direito processual não está tão diretamente relacionado às relações quotidianas, de modo a regê-las e influenciá-las, quanto o direito material. No entanto, ao surgir uma violação do direito material, ou mesmo quando esta é apenas uma suposição, existirá a possibilidade de buscar a tutela desse direito em juízo. O Estado, ao deter o monopólio da coerção e do cerceamento das liberdades, estará disponível quando houver necessidade de pacificação de interesses.

Inviabilizada a tutela jurisdicional, impossível também seria compensação por direitos violados ou mesmo sua própria fruição. Assim, conclui-se que o direito correrá o risco de sequer existir caso também não haja um instrumento capaz de garanti-lo ou de, no mínimo, buscar a recomposição do *statu quo ante*, caso já violado.

Assim, a instituição do processo se desenvolverá ao longo do tempo e em cada sociedade de uma maneira distinta, refletindo valores e ideologias específicos em cada circunstância. O objetivo será sempre o mesmo: tutelar direitos. Mudarão as crenças sobre como essa tutela será efetivada, o que será influenciado de forma direta pelas ideologias, sejam elas metafísicas, liberais ou sociais, em maior ou menor aplicação.

Essa leitura do direito irá progredir com as teorias sobre a natureza e a aplicação do próprio direito, suas fontes e seus métodos de interpretação e aplicação, e também com a emersão do movimento constitucionalista moderno e sua progressão até o estágio contemporâneo.

Diante dessa conjuntura, incorporada a necessidade do reconhecimento de direitos fundamentais, as constituições pós-modernas irão prever mecanismos especiais de proteção desses direitos. Eles serão elaborados de modo a terem o máximo de efetividade e serão desenvolvidos no âmbito do que será chamado de processo constitucional.

A Constituição, portanto, no topo da escala hierárquica e dotada de eficácia normativa, será resultado de uma mudança de perspectiva sobre o próprio direito positivo. Será decorrente do relacionamento mais próximo de direito e

filosofia, uma vez que esse não estará mais segregado dos demais ramos do conhecimento.

Quando se busca instituir, por meio da Constituição, diferentes mecanismos para a tutela dos direitos fundamentais, o direito processual sofrerá uma evolução como um todo. As teorias e os procedimentos adotados para dotar o processo constitucional de maior efetividade serão internalizadas, tanto pelo legislador quanto pelos operadores do direito, de modo a fazer com que o processo ordinário também evolua.

Assim, a partir do momento em que a busca pela efetividade da tutela se torna mais comum e habitual, o estudo da disciplina estará sujeito a maiores avanços, o que acarretará um desenvolvimento cada vez maior dos mecanismos de efetividade. Não obstante, o direito não evoluirá sozinho, seguirá paralelo ao pensamento filosófico, político e econômico, dos quais perderá sua independência, apesar de ter mantida sua autonomia.

A Constituição de 1988 rompe com uma ordem anterior e inova no âmbito democrático. Mas, como será explanado em momento oportuno, a sociedade brasileira já tem progredido, há mais tempo, na internalização de valores sociais, que refletem o distanciamento da ideologia liberal clássica, agora revisitada e aprimorada de modo a tentar corresponder melhor à realidade.

Esses novos valores, dos quais decorrerão o caráter mais intervencionista do Estado e o reconhecimento de direitos transindividuais, afetarão o direito processual em diversos aspectos distintos. Além de mudar a forma como se enxerga o processo e os meios para alcançar seu objetivo, mudarão também os procedimentos, a forma como o direito será levado a juízo, os atores legitimados a atuar e os mecanismos diversos que possibilitarão a tutela jurisdicional.

Assim, busca-se aprofundar o estudo do processo, enquanto disciplina autônoma, mas influenciada tanto pelos demais ramos do direito quanto pelas demais fontes do conhecimento. O objetivo é identificar como ocorreu o desenvolvimento do processo e quais as atuais implicações e novidades, de onde decorrerão as perspectivas de mudança.



# 1 Constitucionalismo contemporâneo

## 1.1 Breve análise sobre o direito positivo

### 1.1.1 Norma jurídica

Para se atingir os objetivos do presente trabalho será analisado o desenvolvimento da relação da norma com o papel do Estado, a sua origem, as teorias que tentam solucionar o problema da busca pelo seu significado para, enfim, abordar como sua aplicação será consumada dentro do objeto proposto.

O Estado, como regra, normatizará apenas aquilo que detiver relevância para si, ou seja, para a organização e funcionamento do seu poder, ou para o seu povo. Ao se reconhecer a importância de uma norma, passa a ser relevante a identificação do seu significado, e, também, os seus respectivos processos de formação e de aplicação.

Para que se fale sobre a importância da aplicação da tutela jurisdicional, ao se exercer o direito de ação, ressalta-se o papel da própria jurisdição. Quando se busca tutelar um direito, é fundamental saber que importância ele tem. A partir de então será debatida a essencialidade de uma tutela efetiva.

Bobbio enquadra o direito como norma jurídica. Esta seria parte da experiência normativa tida em sociedade, que abrange um escopo muito mais amplo, todas com a “finalidade de influenciar o comportamento dos indivíduos e dos grupos, de dirigir as ações” (BOBBIO, 2001: p. 41-44).

Ao principiar pela antiguidade clássica, nos períodos grego e romano, quando já é possível identificar a origem do que seriam os Estados atuais, chega-se a um estágio de evolução das normas sociais que é o direito no padrão conhecido hoje: norma cogente cuja criação é de competência exclusiva do Estado (FERRAZ JR., 2003: p. 73-78).

Dessa forma, parte-se do conceito de norma isolada para sua compreensão em um sistema complexo, em que se analisa a importância tanto para o Estado, quanto para a própria coletividade. A intervenção do Estado na vida dos

cidadãos ocorrerá por meio da produção normativa, seja pela assembleia de cidadãos, seja pela imposição de uma autoridade despótica.

A ideia de constituição, segundo Hans Vorländer, citado por Ingo Sarlet, pode ser encontrada já em Aristóteles. De acordo com a análise feita na obra do político grego, o que era apenas um relato empírico sobre as relações de poder em um Estado, após sua transposição para a linguagem jurídica e política, passaram a ter um caráter também normativo, a indicar um “dever ser” (SARLET, 2012; p. 37).

Logo, encontram-se normas que regulam tanto a vida dos cidadãos, como a cobrança de tributos, punições por delitos, quanto limitam o funcionamento do próprio Estado. Inicialmente não há diferença hierárquica entre os tipos de norma, nem mesmo sobre os meios de criação que seriam legítimos para que fossem válidas (SARLET, 2012; p. 38).

### **1.1.2 A necessidade da teoria positivista**

Na época medieval, com o surgimento dos Estados Modernos, o direito muda em relação ao período clássico. Passa a regular a relação do monarca com seus súditos e a alcançar cada vez mais a esfera privada, retirando gradativamente o poder das mãos do chefe da família. Surge a ideia de soberania e também a necessidade de respeito à lei também nas relações de governo (FERRAZ JR., 2003: p. 63).

Para que a burguesia se desenvolvesse, juntamente com a própria economia, foi necessário limitar a atuação do rei, ao assegurar a propriedade e controlar as variações tributárias. A necessidade de mudança era de um lado política, decorrente dos pensamentos iluministas, ao criticar a arbitrariedade das decisões até o momento e, de outro, era também econômica, pois as transformações científicas reclamavam respostas mais rápidas das alterações legais do que as que o direito consuetudinário poderia oferecer (FERRAZ JR., 2003: p. 74-75).

O paradigma positivista foi desenvolvido por Augusto Comte, para quem as relações sociais possuíam uma dinâmica própria passível de descrição e estudo, da mesma forma que as ciências naturais. A ideia foi cientificamente aceita, inclusive

pelo Círculo de Viena, grupo científico responsável pelo principal desenvolvimento da epistemologia no início do século XX (RODRIGUES, 2012: p. 1287).

No ramo jurídico, despontou Hans Kelsen, para quem a validade de uma norma era verificada pela sua compatibilidade com a Constituição. O critério era puramente ontológico. Bastava, então, ter sido legitimamente positivada para que a norma pudesse ser considerada como reta e justa (KELSEN, 1999; p. 32). Não caberia, então, ao intérprete da norma apurar seu aspecto valorativo, mas tão somente dar fiel cumprimento ao seu texto, o que pregaria a Escola da Exegese.

O positivismo foi construído sobre os ideais da revolução francesa, em que, com a finalidade de acabar com os privilégios existentes no antigo regime, passou a ver a sociedade como composta por “homens livres e iguais”, dotados das mesmas necessidades. Dessa forma, oriundos de uma sociedade homogênea, os representantes do povo iriam emanar leis justas para todos. Todos deveriam, por isso, ser tratados de forma igual perante a lei, o princípio da igualdade formal (MARINONI, 2009: p. 33).

### **1.1.3 A posterior crise do direito positivo**

Enquanto o parlamento era composto pela burguesia, houve homogeneidade de interesses, o que permitiu o funcionamento regular do sistema legislativo. No entanto, com o desenvolvimento da sociedade, percebeu-se que esta é formada por vários grupos sociais dotados de interesses próprios. E nem todos dotados de representatividade legislativa. Rapidamente se concluiu que, para que a liberdade possa ser usufruída, é necessário um mínimo de condições materiais (MARINONI, 2009: p.43).

Surgem, na sociedade, vários grupos com o objetivo de proteger determinados setores. Esses grupos atuarão com o intuito de influenciar na elaboração legislativa a fim de assegurar suas áreas de interesse. Serão materializados como as atuais associações ou sindicatos e atuarão em forma de grupos de pressão sobre o Legislativo para defender os objetivos das classes ou agrupamentos que representam.

Nota-se, portanto, serem as leis o resultado de coalizão de forças. As negociações são feitas entre grupos que, muitas vezes, possuem interesses inclusive conflitantes (MARINONI, 2009: p. 43). O princípio majoritário, então, perde a pretensa capacidade de resolver todos os conflitos e ser um apaziguador social, pois é capaz, ao responder unicamente aos interesses de um grupo coligado no poder, de tyrannizar determinada minoria (MILL, 2001: p. 8).

Bobbio traz distinção sobre democracia em seu aspecto formal e seu aspecto material. O aspecto formal ocorre quando uma norma é resultado de uma decisão do órgão competente, após percorrer o processo estabelecido — o processo legislativo. Ela aceita qualquer conteúdo, é isenta de qualquer característica axiológica. Já a democracia material é aquela que expressa o interesse da coletividade, resguardados os direitos mínimos de todos (BOBBIO, 1999; p. 319-329).

Nesse sentido, também expõe Ferrajoli (2004, p. 23-24):

Sendo assim, a constitucionalização rígida desses direitos serve para inserir uma dimensão substancial não apenas no direito, como também na democracia. [...] Efetivamente, as duas classes de normas sobre a produção jurídica de que se há distinguido — as *formais*, que condicionam a vigência, e as *substanciais*, que condicionam a validade — garantem outras tantas dimensões da democracia: a dimensão formal da “democracia política”, que faz referência a *quem* e ao *como* das decisões e que se faz garantida pelas normas formais que regulam as formas das decisões, assegurada, com elas, a expressão da vontade das maiorias; e a dimensão material da que bem poderia se chamar “democracia substancial”, uma vez que se refere ao *que* é o que se pode decidir ou de ser decidido por qualquer maioria, e que está garantido pelas normas substanciais que regulam a *substância* ou o *significado* das mesmas decisões, vinculando-as, sob pena de invalidez, ao respeito aos direitos fundamentais e aos demais princípios axiológicos estabelecidos naquela.

Bicalho (2011: p. 112) aponta duas razões para o que nomeia “crise do positivismo”: o pluralismo da sociedade — ao fazer “sucumbir a ideia de completude do sistema positivo” e as dificuldades em se mitigar a aplicação das normas jurídicas mesmo em situações absurdas. Lembra, ainda, que todos os acusados em Nuremberg invocaram o fiel cumprimento de ordem legal emanada por autoridade competente.

## 1.2 O desenvolvimento do neopositivismo

Diante da problemática do positivismo clássico, no pós-guerra começa a aumentar, dentre os teóricos do direito, a força daqueles que pugnam pela

reaproximação entre direito e a filosofia. É nesse momento que o mundo ocidental presencia os debates entre Hebert Hart e Ronald Dworkin.

Para Silva, Hart, seguindo a linha de Kelsen (1999: p. 47), inicialmente foi filiado à corrente que defendia o positivismo exclusivo que, segundo Alexandre Garrido da Silva, “é aquele que não admite nenhuma relação conceitual entre direito e moral ou entre o direito tal como ele é e o direito como ele deve ser” (SILVA, 2006: p. 335).

### **1.2.1 A crítica de Dworkin**

Dworkin, em “The model of Rules I”, diagnostica três características falhas do positivismo clássico defendido por Hart: I) a lei de uma comunidade é identificada por um critério baseado não no seu conteúdo, mas como ela passou a ser adotada (Teoria do Pedigree); II) as regras válidas são apenas as leis, logo, se há um caso concreto não previsto, não haveria como ser decidido aplicando-se puramente a lei, então deverá ser resolvido com discricionariedade (Teoria da Discricionariedade); e III) dizer que alguém tem uma obrigação legal é dizer que ele deverá fazer ou suportar alguma coisa (Teoria da Obrigação) (DWORKIN, 1967: p. 17).

Inicialmente, como requisito para a compreensão dos argumentos de Dworkin, é necessário entender a distinção que ele faz entre regras e princípios, espécies do gênero norma. Uma regra é uma norma de regência completa ou nenhuma a determinada situação. Quando duas regras estiverem em conflito, nenhuma delas será válida. Já os princípios não serão conclusivos, serão vetores. Portanto, mesmo em conflito, poderão ser adotados, mesmo que parcialmente. Quando em conflito, dever-se-á optar pelo de maior “peso agregado” (SHAPIRO, 2007: p. 9).

Dworkin combate a Teoria da Discricionariedade inicialmente porque, nos casos em que não há uma regra claramente aplicável, não se pode deixar uma plenitude de poderes nas mãos do juiz. Pelo contrário, Dworkin identifica na sociedade uma série de princípios, presentes nos livros teóricos e também decorrentes do desenvolvimento histórico do direito. Poder-se-ia notar maior aplicabilidade dos princípios nos casos mais difíceis sem, contudo, deixar de se estar restrito aos padrões legais (DWORKIN, 1967: p. 41).

Como fonte do direito, os princípios nem sempre estariam insertos e adequados à Teoria do Pedigree. A teoria não é completamente refutada pelo teórico senão ampliada. Como fonte de princípios Dworkin reconhece casos anteriormente julgados, sopesados com base na autoridade judiciária que os pronunciou ou o seu relacionamento com os princípios morais vigentes. E mesmo seu peso flutuaria ao longo do tempo de acordo com o apoio das instituições jurídicas (DWORKIN, 1967: p. 42).

Além disso, sobre a Teoria do Pedigree, ela deve ser mitigada em dois aspectos: primeiramente, acontecerão casos em que os princípios serão determinantes não em razão de estarem presentes em um texto legislado, mas simplesmente pelo seu conteúdo moral intrínseco; segundo, mesmo quando os princípios estão presentes e têm pedigree, é impossível formular uma regra estável de aplicação genérica (DWORKIN, 1967: p. 42).

### **1.2.2 A resposta de Hart**

Hart, em posterior resposta, explicita sua teoria e esta se mostra muito mais plausível do que inicialmente aparentou ter sido na interpretação feita por Dworkin. É aceita a discricionariedade judicial, sobretudo por ser um produto de viés social. Ele reconhece a impossibilidade de previsão de todas as situações, mesmo nos casos em que os textos legais se valem de termos genéricos, mormente por conta do caráter aberto da linguagem (HART, 1961: p. 122).

A solução e o guia para a discricionariedade do juiz, nos casos complexos, seriam os padrões sociais. Estes sim deveriam pautar e limitar a liberdade jurisdicional. O debate de Hart-Dworkin, no final, para Shapiro, consta nisto: se para Dworkin o limite seriam os padrões morais, para Hart seriam os padrões sociais (SHAPIRO, 2007: p. 14).

Apesar de Hart não ter respondido diretamente em vida aos questionamentos de Dworkin, Shapiro aponta, em seus seguidores, duas respostas principais. Embora Hart não tenha reconhecido a crítica de Dworkin, por ele mesmo não aceitar a Teoria do Pedigree, alguns positivistas encontram-na no próprio pensamento de Dworkin também. Um princípio deveria ser socialmente aceito para

que fosse válido, ou não seria válido enquanto norma. Mas, para isso, essa corrente acaba por aceitar a ideia de princípios e, assim, reconhecer a existência de um padrão externo ao direito (SHAPIRO, 2007: p. 14).

A segunda resposta às críticas de Dworkin é que o juiz deveria aceitar princípios, sem nenhum Pedigree, por estar vinculado à obrigação de julgar e, por isso, ser obrigado a se valer daqueles padrões externos ao sistema legal. O judiciário então estaria constrangido a aplicar os princípios moralmente mais aceitáveis (HART, 1961: p. 171).

### **1.2.3 A racionalidade como fonte do direito**

Teórico alemão, com doutrina paralela à de Ronald Dworkin, Robert Alexy segue adiante no estudo do direito e propõe que a racionalidade não é fruto apenas de premissas gerais, comprovável experimentalmente. Pelo contrário, também será racional a argumentação empregada na resolução de questões práticas que o direito deverá resolver. Enquanto um sistema apenas de princípios seria completamente indeterminado — em detrimento da segurança jurídica —, um sistema apenas de regras seria completamente inflexível e incompleto (DANTAS, 2004: p. 65-66).

Manuel Atienza discorre sobre a teoria de argumentação de Alexy. A justificação das premissas, a serem utilizadas para fundamentar a decisão de um caso concreto poderia ser de três tipos: a) com base no direito positivo — em que se demonstra a validade de uma norma pela adequação ao sistema; b) com base em conhecimentos empíricos — decorrente da persuasão racional e das regras processuais de valoração da prova; e c) a formas e regras de justificação (ATIENZA, 2003: p. 174).

O jurista e filósofo espanhol aponta os seis grupos de regras e formas elencados pelo alemão: interpretação, argumentação dogmática, precedentes, argumentação prática, argumentação empírica e formas especiais de argumentos jurídicos. No entanto, apesar de racional, ao se utilizar as regras dificilmente se encontrará apenas uma solução. Isso se dá aos infinitos fatores existentes, como limitação do tempo, limitações linguísticas e até mesmo diferenças antropológicas entre os sujeitos envolvidos (ATIENZA, 2003: p. 178).

Reconhecer essa impossibilidade, no entanto, não é o mesmo que reconhecer a ineficácia do método. Dois motivos são lembrados: encontram-se limites legislativos à aplicação da norma e nem todas as soluções encontradas serão, de fato, possíveis. A praticidade da teoria da argumentação de Alexy se dá quando inserida no contexto de uma teoria geral do Estado e do Direito. Dessa forma une-se um sistema de procedimentos com um de normas (ATIENZA, 2003: p. 181).

A racionalidade jurídica se aproximará, então, do razoável e se apartará da lógica formal existente nas ciências exatas. Tanto os princípios quanto as regras devem estar articulados em processo e procedimentos, em que se desenvolverá a argumentação jurídica. O direito é visto pelo filósofo alemão não apenas pelo seu plexo estático, o conjunto de normas escritas, mas também pelo seu lado ativo, a forma como essas normas são aplicadas no caso prático (DANTAS, 2004: p. 66).

Para a compreensão da aplicabilidade da teoria do jurista alemão, bem como sua relevância na solução de casos práticos de direito material ou processual, retoma-se à necessidade de aceitar que as normas estão inseridas em um contexto normativo mais amplo. E, mais além, a compreensão de que haverá, no ordenamento, normas com viés principiológico dotadas inclusive de fundamentalidade para o Estado, enquanto instituição e também enquanto caracterização, no sentido de Estado constitucional de direito.

#### **1.2.4 A mudança no método interpretativo**

Precursora da hipotética discussão de Hart-Dworkin, há uma mudança na própria hermenêutica jurídica. O entendimento de “o que é” o direito muda em sintonia com o “como aplicar” o direito. Dworkin pode ser visto como um marco no neopositivismo; a partir dele, as normas não são vistas mais como o mero texto estático. O debate entre os dois filósofos faz emergir a necessidade de o direito se reaproximar de outras áreas do conhecimento.

Essa mudança ocorreu com o desenvolvimento dos estudos de Ludwig Wittgenstein ao longo do século XX. Castanhato e Matsuhita explicam que houve duas grandes reviravoltas no século, causada pelo filósofo austríaco. A primeira foi o



“giro linguístico”. Se antes se imaginava a linguagem como mero instrumento que liga o sujeito a um objeto, a partir da virada linguística passa a se reconhecer a linguagem como criador tanto do sujeito quanto do objeto (CASTANHATO e MATSUHITA, 2010: p. 21-23).

É possível aplicar essa mudança na hermenêutica jurídica. Antes, podia-se adotar a Escola da Exegese na segurança ingênua de que o direito era a mera aplicação do texto legal. O papel do juiz, do Poder Judiciário, era tão somente dizer o direito, que já estava presente nos textos legais. Com a mudança de paradigma, reconhece-se que o direito surge não na norma em abstrato, mas ao ser aplicado a um caso concreto.

A segunda “virada linguística” de Wittgenstein trata dos “jogos de linguagem”. Nesse momento, compreende-se a linguagem não como a precisão de um sistema de signos, como seria uma proposição lógica ou mesmo uma equação matemática, mas o resultado da aplicação conjunta de todos os signos (CASTANHATO e MATSUHITA, 2010: p. 23-25).

Já essa segunda mudança tem impacto ainda maior no plano jurídico e, caso se aplique o que Dworkin trouxe ao sistema, ter-se-á a consolidação do neopositivismo. As normas deixam de ser vistas como objetos individuais. Pelo contrário, passam a ser compreendidas como partes de um sistema, em que sua validade e até o seu sentido não esgotarão apenas no seu texto, senão no resultado da compreensão de sua inserção em um sistema jurídico complexo.

### 1.3 A constitucionalização do direito

#### 1.3.1 A centralização do texto constitucional

Ao retornar à crise do positivismo jurídico, em uma sociedade em que falta um viés moral e humanitário aos textos legais para lhes assegurar validade, como o modelo kelseniano, e, ao juntar ao desenvolvimento do método interpretativo, pode-se compreender o anseio social a uma fonte jurídico-normativa que estabeleça os princípios basilares do direito.

Nos Estados Unidos, desde o início do século XIX, já se reconhecia o valor normativo superior da Constituição. Isso se deu uma vez que o Presidente era eleito pelo voto popular e a sociedade já tinha vivenciado a hostilidade do Legislativo, quando, sob domínio inglês, sofreu sob suas leis de poderes ilimitados. Dessa forma, desenvolveu-se o conceito de que, para manter a liberdade, não bastava existirem garantias da sociedade face ao Estado, mas também a proteção de minorias contra eventual abuso democrático (BRANCO et al, 2012: p. 50).

Já na Europa, o processo se deu de forma mais tardia, uma vez que prevaleceu o ideal de Rousseau, de que a lei, voz do Legislativo, tinha um caráter quase místico de refletir a vontade geral. Foi apenas com o fim da Segunda Guerra Mundial, aliado à evolução política e social do século XIX, que, ao se reconhecer a debilidade do Parlamento, busca-se a proteção eficaz das declarações liberais. Esse reconhecimento se deu à medida que os países se democratizaram; por volta de 1970, em Portugal e Espanha, e após o fim do comunismo, no leste europeu (BRANCO, 2012: p. 49 e TAVARES, 2012: p. 67).

As constituições passam a ser dotadas de características completamente distintas das que tinham anteriormente. Passam a ser textos mais rígidos que a legislação ordinária e, sobretudo, a ser dotadas de “plena eficácia normativa”. O valor mais alto dado ao texto decorre também de sua origem; ao ser reconhecida como fruto de um poder constituinte originário (MARINONI, 2009: p. 56).

Então, como pressuposto de validade de uma norma, deixa de existir apenas o critério do “Pedigree” — a adequação formal ao sistema: ser criada pelo devido processo legislativo de uma autoridade competente. Haverá também a necessidade de adequação material: estar em consonância com os princípios presentes no texto constitucional. (MARINONI, 2009: p. 64).

Conforme leciona o professor Gilmar Mendes, os vícios formais são aqueles que decorrem da inobservância de uma ordem técnica, procedimental ou violação de uma regra de competência. De outro lado, os vícios materiais se referem à afronta às regras ou aos princípios constitucionais e, também, os desvios de poder ou o excesso do poder legislativo (MENDES, 2012: p. 1655).

Esse controle não se trata de sindicat a discricionariedade do poder de

legislar sobre um tema específico. Pelo contrário, a ação ou a omissão legislativa influenciarão o ordenamento jurídico sempre de modo a privilegiar algumas regras em detrimento de outras. O excesso do poder legislativo ocorre quando há violação desproporcional ou excesso de poder em detrimento de direitos constituídos (MENDES, 2012: p. 1657).

A título de exemplo, traz-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855/PR. O Estado do Paraná estabeleceu lei que determinava a obrigatoriedade de se pesar botijões de gás na presença do consumidor. O Supremo Tribunal Federal entendeu que o diploma incorria em inconstitucionalidade formal, por imiscuir-se em competência privativa da União — legislar sobre “energia” —, e também material, uma vez que haveria a necessidade de todos os veículos de transporte de gás serem equipados com balança de precisão, que necessitaria de cuidados especiais e onerosos — o que encareceria por demais o serviço de entrega em domicílio e, por consequência, limitaria a liberdade do exercício profissional<sup>1</sup>.

A aludida preocupação com o conteúdo material se reforça no momento contemporâneo, em que o texto das novas constituições passa a contemplar não mais regras estritas, fixas. Pelo contrário, deixam a legislação como um todo para o legislativo ordinário, mas passam a ser formadas por um plexo de normas de alto valor principiológico-valorativo, antes não contemplados, como relações de economia, trabalho ou família (SARMENTO, 2009: p. 122). No julgado acima, existem dois mandamentos constitucionais que se confrontam: a defesa ao consumidor, visada pela lei, de um lado, e, do outro, a liberdade profissional, ambos previstos pelo texto constitucional.

O pós-positivismo é o marco inicial que possibilita o desenvolvimento do neoconstitucionalismo. Essa corrente jusfilosófica busca não desconstruir o positivismo clássico, mas permitir-lhe uma nova leitura, possibilitará sejam determinados novos alicerces jurídicos. A compreensão da normatividade dos princípios trará também outras fontes de norma, como os princípios e a própria interpretação (BICALHO, 2011: p.111).

Se o novo positivismo admite a entrada de valores morais no

---

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI nº 855, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-01 PP-00108.

ordenamento jurídico, esta deve ser feita nos limites impostos pelo próprio Direito. Quem explica o fenômeno de melhor forma é Nickas Luhman, em sua teoria dos sistemas. O sociólogo alemão explica que a criação em um sistema jurídico é normativamente fechada, ou seja, só é admitida caso prevista no próprio ordenamento — apenas será norma o que o direito disser que é (DANTAS, 2004: p. 149).

Reconhece-se, no entanto, que, apesar de normativamente fechado, o direito é um sistema cognitivamente aberto. Ou seja, recebe influências do meio onde está inserido, como consequência da evolução na própria ciência do direito ou do contexto histórico, que, ao adentrar o sistema, deverão obrigatoriamente respeitar as estruturas normativas internas (DANTAS, 2004: p.172).

A supremacia da constituição, em seus aspectos formal e material, é construída ao longo do tempo, tendo superado inclusive a supremacia do parlamento (BRANCO et al, 2012: p. 56). Como comparação, a constituição britânica, tida como formalmente flexível, é alterável pelo parlamento da mesma forma como se alteram as leis ordinárias, de onde já se disse que “o parlamento britânico pode tudo”. Pelo contrário, na teoria constitucional contemporânea, o legislativo deixa de ter poder absoluto, passa a ser limitado pelas normas determinadas pelo constituinte originário (VELLOSO, 2012: p. 779).

Esse conjunto de valores positivados pela constituição precisa, no entanto, de normatividade. Konrad Hesse defende que as normas constitucionais possuem capacidade de vincular e direcionar o entendimento de leis e mesmo determinar comportamentos. O teórico alemão defende que as normas da Lei Fundamental devem ter seu conteúdo respeitado tanto por parte do Estado, quanto pelos particulares; são superiores a ponto de condicionarem ou direcionarem a aplicação de outras normas e, sobretudo, influenciam a sociedade ao mesmo tempo em que são influenciadas por ela (HESSE, 1991: p. 15).

Por ser a constituição a principal fonte de comunicação entre o direito e os valores morais, no âmbito deste trabalho serão colocados como limite de cognição do direito aqueles valores trazidos pela própria constituição. A problemática residirá, portanto, em sua ponderação e na força com a qual irão atuar, sobretudo quando confrontarem com uma regra que lhes seja contrária.

### **1.3.2 Os direitos fundamentais como centro da Constituição**

No cerne do ordenamento jurídico, a Constituição será pressuposto de validade de todas as demais normas e, dentro dela, preponderantemente os direitos fundamentais. O que caracteriza o atual Estado Democrático de Direito é o controle da atuação Estatal e a garantia dos direitos individuais.

Os direitos fundamentais passam a influenciar a atividade estatal como um todo, limitando-a e exigindo a sua atuação. Por um lado haverá uma limitação da própria atividade legislativa, que poderá ser controlada por juízes não eleitos, e, por outro, haverá uma diretriz sobre os rumos a serem tomados na construção do Estado democrático (SARMENTO, 2009: p. 99).

Esse conjunto de normas constitucionais, que diz respeito aos direitos individuais, é tratado por Branco como o núcleo dogmático da constituição, que estaria ao lado das normas que tratam da organização do Estado, seu núcleo orgânico (BRANCO et al, 2012: p. 83). Nesse sentido, Bulos já afirmou que estão presentes dois tipos de normas constitucionais: as materiais — que tratam sobre organização do Estado e direitos individuais; e as formais — que integram o texto por meio do processo mais rigoroso de criação e alteração do texto constitucional (BULOS, 2011: p. 18).

A limitação do poder estatal, por meio da garantia de direitos individuais, mesmo frente a seus próprios representantes, tem como fundamento o já exposto por John Stuart Mill. Para o liberalista americano, aqueles que exercem o poder não são sempre os mesmos sobre os quais o poder é exercido. A “vontade do povo” não quer dizer a “vontade de todos”, mas, sobretudo, a “vontade da maioria” ou da parte mais atuante do povo. Essa limitação busca coibir o que denominou como “tirania da maioria” (MILL, 2001: p. 8-9).

Sob o ponto de vista do Poder Legislativo, em que pese ser ele o primeiro intérprete e concretizador da Constituição, seu poder legiferante estará sempre condicionado ao texto constitucional. Primeiramente será o concretizador da norma, contanto que dentro de seus limites. A norma legal não pode violar direitos individuais e deve, ao mesmo tempo, assegurá-los (BRANCO et al, 2012: p. 85).

Branco traz, como exemplo, a possibilidade de legislação nova sobre meios de prova no processo penal. A lei não pode admitir a prova derivada de tortura, já que a Constituição bane as provas ilícitas. E, por outro lado, deverá “conter procedimentos que assegurem largas formas de o acusado desacreditar a acusação”, uma vez que deve respeitar a garantia de ampla defesa no processo penal (BRANCO et al, 2012: p.85).

No Judiciário, esta prevalência terá também uma ambivalência. Os juízes e tribunais deverão respeitar os direitos fundamentais tanto no curso do processo, quanto no conteúdo das decisões e terão o dever de não aplicar os preceitos que os desrespeitem (MENDES, 2012: p. 337). O estudo desta aplicação no direito material é bastante prolífera, em seus diversos ramos; mas esta obra tem como foco a aplicação tanto dos direitos, quanto das teorias de sua aplicabilidade, no decurso do processo.

Assim, o Judiciário perderá seu caráter inerte e será “convocado a atuar praticamente no mesmo plano dos demais poderes, por meio das ações judiciais que lhe são dirigidas”. Terá o papel também de assegurar a implementação das políticas públicas previstas no ordenamento jurídico, o que será chamado de “judicialização da política e das relações sociais” (RODRIGUES, 2012: p. 1290).

É a conjunção de todos esses fatores que caracterizará o constitucionalismo contemporâneo. Se o constitucionalismo nasce com os hebreus, conforme leciona Karl Loewenstein, ao estabelecer limites ao poder político, cabendo aos profetas punir os governantes que desrespeitassem os ensinamentos bíblicos<sup>2</sup>; o neoconstitucionalismo é a soma do desenvolvimento do positivismo, com a consciência da importância dos valores, no âmbito do direito (BULOS, 2012: p. 33-46).

---

2 LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la constitución, p. 154 *apud* BULOS, U.A., Curso de Direito Constitucional, p. 33.

## 2 Processualismo contemporâneo

### 2.1 Evolução histórica do processo

O direito processual é relativamente novo. Para tentar definir qual seja sua natureza jurídica e a forma como se desenvolveu, podem-se identificar algumas principais teorias, em graus distintos de evolução. Se inicialmente os mecanismos de solução de controvérsias eram por meio dos arbítrios privados, o desenvolvimento e o poder do Estado estarão diretamente relacionados com a necessidade de centralizar, também, essa função e incorporá-la ao direito (LACERDA, 1961: p. 77-78).

O exercício da jurisdição funcionará, então, com dois objetivos: obter a solução de um conflito de interesses e, em consequência, restabelecer a harmonia social (LACERDA, 1961; p. 74). A observação dessa atividade ao longo do tempo demonstrará que está intimamente relacionada com os valores ideológicos e culturais do momento. Dessa forma, o direito processual, longe de ser estático, sofrerá as mesmas influências do pensamento cultural e científico que o direito material.

#### 2.1.1 Teoria imanentista

A primeira teoria, a imanentista, foi vigente durante o período romano e se prolongou até a concepção contemporânea. Ela parte da concepção do processo como procedimento, como resultado da reação do próprio direito material. Era uma simples decorrência lógica deste, sequer se distinguindo (SANTOS, 2010: p. 39).

Grinover aponta que, neste primeiro momento, a ação é uma qualidade de todo direito, surge quando violado. Pothier defende a natureza contratual do processo, no direito romano, por ser resultado de um contrato celebrado entre as partes (*litiscontestatio*), ao concordarem aceitar a decisão final proferida (CINTRA, 2012: pp 280 e 310-311).

Neste momento em que o Estado ainda não tinha a força atual, as partes deveriam, de comum acordo, se sujeitar à tutela jurisdicional; os seus mecanismos e o seu resultado, já que ainda não havia elevado grau de interferência

na esfera privada. Ainda era decorrência do direito romano, baseada em textos de Ulpiano (NEVES, 2010; p. 48).

Por esse motivo, a fase é conhecida também como praxista ou sincretista; o processo, destituído de autonomia científica, era estudado tão somente nos seus aspectos práticos (DIDIER, 2010; p. 261). A importância era centrada na forma de execução de cada ato, de maneira em que a ritualística se sobressaía à importância do procedimento em si. Cândido Dinamarco aponta o processo como a mera junção de formas dos atos sob a condução de um juiz quase inerte (DINAMARCO, 2009: p. 18).

Segundo Lacerda, nos povos de ciência primitiva, como exemplo os povos germânicos e mesmo no romano clássico, o que prevalecia era a finalidade de manutenção da paz social. Disso decorre o caráter extremamente simbólico e formalista — a forma solene e rígida do procedimento confere um valor mágico à atuação. A própria verdade sobre o objeto do litígio não tem importância, ainda (LACERDA, 1961; p. 77-78).

Como consequência da realidade política e religiosa dominante, não pode haver chance de o infrator triunfar. Nota-se a presença das ordálias, ou juízos divinos, no direito medieval, ou mesmo um processo sumário ou meramente aparente, nos estados totalitários, com o fim de extinguir, a qualquer preço, o conflito existente e, mesmo que de forma apenas aparente, restabelecer a ordem social. Deixa-se de lado, portanto, a justiça individual, em detrimento da, em tese, social. (LACERDA, 1961; p. 78-79)

### **2.1.2 Fase privatista**

Quando a cultura romana atingiu o respeito aos direitos individuais, abandonou o ritualismo e passou para a segunda fase, a do “processo formulário”. Neste momento, passa a ter importância a investigação jurídica do caso, quando, após análise pormenorizada, determinava-se qual a norma a ser aplicada. Foi o conjunto dessas soluções, dadas pelos pretores, que serviram de base para as grandes codificações de Teodosiano e Justiniano — fontes do direito atual (LACERDA, 1961; p. 81).



Esse pensamento foi retomado no Estado Liberal, no qual a função do direito tinha como valor a proteção dos direitos subjetivos privados. No âmbito do direito, destaca-se a escola exegética, decorrente do positivismo jurídico, em que havia submissão de todos — partes ou juiz — à mera aplicação do texto legal. Chiovenda, quem muito contribuiu para o desenvolvimento da autonomia do direito processual no direito pós-romano, vinculado às teorias do estado liberal, para quem o papel do juiz é a mera aplicação da norma geral no caso concreto (MARINONI, 2010; p. 36).

Como resultado da preocupação contra as arbitrariedades do Estado, Montesquieu, no livro 29 do Espírito das Leis, afirma que “as formalidades da justiça são essenciais para a liberdade” — o que não deixa de ser um dos principais viés da corrente garantista, a ser discutido posteriormente. No entanto, o filósofo iluminista acrescenta que [as formalidades] “poderiam ser tantas que contrariassem a finalidade das leis que as tivessem criado, e os processos não teriam termo”. Mesmo Jhering defende que as formalidades da justiça são essenciais para a liberdade (LACERDA, 1961; p. 83-84).

Em decorrência dos valores liberais, prevalece a ideia de igualdade formal e, assim, diante da impossibilidade de tratamento desigual das partes, todos os direitos passam a ter necessariamente um equivalente monetário. A proteção decorre do caráter exclusivamente patrimonial dos direitos. A recomposição, quando violados, deveria atender a critérios comuns a todos. Como resultado, ainda não se consegue ver uma efetiva tutela jurisdicional sobre os direitos extrapatrimoniais, em especial a preventiva, uma vez que, para a reparação da integridade do direito material, restava tão somente a sua conversão em pecúnia (MARINONI, 2010; p. 34).

Os valores da época tinham como dogma a “livre competição das partes individuais”, assim como previsto nas legislações civis de ideologia claramente liberal dos séculos XVIII e XIX (TARUFFO, 2009: p. 71). A imparcialidade do juiz, somada à autonomia do processo frente ao direito material e à liberdade excessiva das partes em recorrer resultou em processos excessivamente longos, em busca prolongada de uma verdade sem qualquer compromisso com a veracidade dos fatos alegados.

A teoria do contrato passa a ser obsoleta e substituída pela teoria do processo como “quase-contrato”, formulada por um autor francês do século XIX, Arnault de Guényvau. Essa visão do processo se demonstrou equivocada por tentar, ainda, inserir o processo dentro do direito privado. Foi deixado de lado que, além dos acordos entre as partes havia uma outra fonte de obrigações, mais importante, advinda do Estado, a lei (CINTRA, 2012: p. 312).

Como resultado, o direito processual ainda não se desenvolvia e não havia tutela adequada dos direitos materiais, uma vez que a desigualdade material entre as partes e o excesso de defesa inviabilizavam a proteção contra a violação de direitos. Ao fim, restaria apenas o ressarcimento, toda espécie de violação era reparada unicamente em âmbito patrimonial, o que, na prática, é o mesmo que assumir não serem garantidos os direitos extrapatrimoniais.

### **2.1.3 Fase publicista**

A partir do século XIX, presenciavam-se os debates Windscheid-Muther. Nesse momento, distingue-se o direito material em litígio do de se obter uma tutela jurisdicional do Estado. Em 1868, Oskar von Bülow, com sua obra “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias”, consolidou essa autonomia, o que marcou o início do direito processual contemporâneo. O processo perde seu caráter privatista, vinculado a direitos privados e passou a ter características publicistas, como direito efetivamente público. (NEVES, 2011; p. 49-51 e DINAMARCO, 2009: p. 18).

Essa evolução permitiu ser a teoria mais desenvolvida e consolidada, posteriormente, por Oskar von Bülow. Foi o professor de Heidelberg quem consolidou a teoria do processo como uma relação jurídica, e não mais como um contrato, em que se reconhece a existência de dois planos, o material e o processual. A relação processual teria três aspectos: as partes (autor, réu e juiz), o objeto (a prestação jurisdicional pretendida) e os pressupostos processuais (CINTRA, 2012: p. 312).

Com o fim do modelo clássico de Estado liberal, o processo deixa de ter caráter exclusivamente privado. Pelo contrário, passa a se reconhecer o

interesse também público na tutela jurisdicional. O papel do juiz, neste modelo posterior, é criar uma norma individual num caso concreto — a sentença. É resultado do modelo de Kelsen, para quem o direito é, por consequência, também criado pelo juiz<sup>3</sup>, para quem todo ato jurídico é, ao mesmo tempo, aplicação e criação do direito.

É neste terceiro momento em que se passa a discutir a função social do processo, defendida por Franz Klein, que é somada ao reconhecimento de sua finalidade — atuar o direito material, conforme propõe Chiovenda. Tanto Klein quanto Chiovenda ainda são contemporâneos às ideias liberais, mas pode-se perceber que suas teorias já são a semente da natureza claramente publicista do processo, em detrimento da privatista (TARUFFO, 2009: p. 73).

Começam a surgir sinais da preocupação do processo de servir mais ao direito material que ao direito processual em si. A tutela começa a ser compreendida como reservada àqueles que efetivamente estejam amparados pelo direito material e a prestação jurisdicional como garantia da atuação do direito (BEDAQUE, 2012: p.35).

O que se percebe é a influência da cultura (e, claro, ideologia) atual de não serem todos os direitos disponíveis e de interesse meramente individuais. Disso decorrerão poderes gerenciais e instrutórios para o juiz, como maneira de assegurar o interesse público — entenda-se, o caráter publicista — existente no processo (TARUFFO, 2009: p. 75).

Theodoro Jr. reconhece, nessa sistemática, a perda de inércia do juiz. Este sai de uma função de simples espectador e passa a ter maior participação, ao passar também a ter o poder produzir provas de ofício, com o fim de alcançar justiça em sua decisão, como já dispunha o art. 130 do CPC. Essa nova concepção é partilhada quase à unanimidade nos sistemas jurídicos europeus e latinoamericanos (THEODORO JR., 2010: p. 45).

Não se trata, no entanto, de retorno ao modelo inquisitório. Mas é defendida uma postura proativa do juiz necessária para a garantia dos direitos

---

3 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre — Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934; em senso crítico Horst Dreier, Hans Kelsen (1881-1973) — Jurist des Jahrhunderts? *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993, *apud* Marinoni, 2010.

processuais e materiais em litígio. O problema da atuação do processo não se resume mais na mera garantia de competição livre entre as partes e em uma decisão final indiferente à tutela perquerida. Pelo contrário, o dever da cultura técnica começa a ser entendido como o de construção de um instrumento eficiente e funcional de realização de sua finalidade, a tutela consistente dos direitos dos cidadãos (TARUFFO, 2009: p. 73-75).

Reconhece-se que o juiz — ao exercer uma função de interesse do Estado — não deve ficar meramente à mercê dos interesses privados trazidos ao processo. Pelo contrário, tem o papel de assegurar o cumprimento do direito substancial. O processo deixa a completa autonomia frente ao direito material e passa a ter uma relação circular de interdependência, servindo ao direito material ao mesmo tempo em que é servido por ele (LOURENÇO, 2012; p. 143) .

Nesse cenário, Bedaque defende um novo conceito de direito processual: “a busca por um método adequado à verificação sobre a existência de um direito afirmado, para conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo direito material” (BEDAQUE, 2011: p. 12). É necessário ver o processo não pelo que ele é, em si, mas pelo que ele busca produzir.

## 2.2 A teoria processual contemporânea

### 2.2.1 A concretização da função do processo

O ordenamento jurídico, como exposto no primeiro capítulo, estabelece as normas necessárias para uma determinada sociedade. Sua principal tarefa será, primeiramente, assegurar os direitos previstos, mas deverá garantir também a sua satisfação, se violados (BEDAQUE, 2011: p. 23). Os fatos sociais relevantes devem estar em conformidade com os valores sociais constituídos e democraticamente aceitos.

Caso se parta da premissa trazida à tona por Kelsen, e desenvolvida por Wittgenstein, citados anteriormente, de que o direito será resultado de sua aplicação e não de sua previsão, o direito processual será o responsável por

estabelecer o percurso de que deverá se valer o juiz para conhecer a situação fática e aplicar a norma nas situações em litígio.

Nesse caminho processual pode-se identificar dos diferentes fatores que, influenciarão o Direito, alimentam esse sistema que, apesar de autônomo, não possui independência das demais ciências sociais. Busca-se reconhecer quais são os fatores externos que interdependem com o Direito e quais aqueles que o influenciam, seja formalmente (por previsão e vontade jurídico-legislativa), seja faturalmente, sem previsão formal.

O primeiro desses fatores é a incorporação do conteúdo axiológico ao processo. A visão puramente técnica enseja a visão de um processo neutro, fundamento do processo antigo. A neutralidade, no entanto, já é reconhecida como um mito. A visão tecnicista tem perdido lugar para os valores éticos de liberdade e de justiça, o litígio em juízo começa a ser concebido como um instrumento ético (BEDAQUE, 2011: p. 27).

A reaproximação do direito processual e material traz consigo a percepção da importância da adequação do procedimento à situação específica questionada. Os institutos do direito processual são concebidos à luz do direito material e isso se dá para que se tenha efetividade no provimento final. O sistema processual terá sua perfeição e eficácia condicionadas à capacidade de adaptação à tutela efetiva do direito material aduzido (BEDAQUE, 2011: p. 19 e 26).

No entanto, apesar de ser fundamental para o desenvolvimento do processo, é imprescindível ter consciência de que, caso se atenha a desenvolver instrumentos processuais para todas as situações de direito material existentes, incorrer-se-á no mesmo erro dos positivistas, em 1800. É impossível prever em abstrato todas as situações fáticas que podem existir e, ainda que fosse, seria ainda mais difícil legislar, em tempo hábil, sobre todas elas, por estarem em constante mudança.

Além das situações de direito material, infinitas, Marinoni aponta que estas serão combinadas com outras situações fáticas relacionadas com o processo. Ou seja, ainda que houvesse previsão legal de todas as situações de direito

material, estas não conseguiriam abranger todas as situações do caso concreto (MARINONI, 2009: p 426).

Disso decorre a necessidade de o sistema normativo ser suficientemente aberto para que tanto as partes quanto o juiz possam se valer de instrumentos adequados a cada bem tutelado. Hoje já se fala no princípio da adaptabilidade do processo às peculiaridades da demanda, que consistirá na procura de um procedimento com eficácia na tutela jurisdicional da maneira mais econômica, eficiente e rápida possível (BEDAQUE, 2011: p. 74).

Essa nova compreensão do direito processual é chamada, contemporaneamente, de neoprocessualismo, que agrega, além do caráter instrumenta, o novo caráter de direito processual trazido pela influência da constituição. Perde-se a finalidade em si próprio e passa a ser instrumento para a colimação de um objetivo, ganha a função garantística. O processo será instrumento de realização do direito material quando este não se realizar espontaneamente (BEDAQUE, 2011: p. 75).

Ressalta-se que o novo papel do juiz e a flexibilização das normas processuais não implicam descaso à segurança jurídica. É fundamental garantir a participação dos interessados no processo de maneira efetiva, a fim de que possam influir na convicção do juiz. É, em síntese, o significado de contraditório, que servirá como fator de legitimação do resultado (BEDAQUE, 2011: p. 28).

A regulamentação, então, dependerá dos valores constitucionalizados. Ao se reconhecer a insuficiência do formalismo dogmático, e a necessidade de complementação pelos ideais de valor, o processo é aceito como instituto dotado de valores próprios. As técnicas processuais expressam opções axiológicas com base na necessidade de se adequar o instrumento ao objeto (BEDAQUE, 2011: p. 28).

Nesse sentido, percebe-se que os valores refletidos pelo direito processual são os sociais vigentes ao seu tempo e no país em que se desenvolve, sejam sociológicos, éticos ou políticos (SIQUEIRA JR., 2012). Dessarte, o processo será “bom” se dele provier uma decisão “boa”, em seu ponto de vista valorativo, que será, invariavelmente, aquela que refletir os valores de seu contexto.

O principal objetivo da ciência processual deverá ser, portanto, buscar definir um percurso metodológico efetivo que possibilite formar uma decisão adequada, assim como acontece em uma pesquisa ou projeto científico.

### **2.2.2 A tutela do direito material no âmbito processual**

Para se analisar a tutela do direito material no âmbito processual, é preciso partir de dois pressupostos, já desenvolvidos anteriormente. O primeiro é de que o processo não é mais palco para a querela de interesses individuais, conduzido por um juiz inerte; mas objeto de proteção a direitos subjetivos legalmente legitimados.

Mesmo um interesse patrimonial disponível deduzido em juízo deve ser reconhecido como um litígio sobre direito individual legítimo. O processo não ser capaz de protegê-lo efetivamente é o mesmo que reconhecer ser este direito não respaldado pelo Estado, o que torna sua previsão material inócua. É por isso que Bedaque entende o processo como o escopo de atuar o direito. Não estará falando o autor em atuar o direito processual, mas o próprio material, que é a vontade direta da lei (BEDAQUE, 2011: p. 75).

O segundo pressuposto é que as partes, para atuar em juízo, bem como o juiz, que conduzirá o litígio, estarão vinculadas ao devido processo constitucional, ou seja, à vinculação às normas processuais e àquelas constitucionais. Se de um lado é garantido o direito de atuar em contraditório, de outro, haverá a limitação deste direito pela necessidade de celeridade processual, de efetividade e outras normas indispensáveis à tutela dos direitos questionados.

Talvez seja o primeiro o de mais difícil aceitação. O desenvolvimento latino do processo, apesar de seu progresso científico, não logra atingir a justiça do processo inglês<sup>4</sup>. O processo ainda é um plexo de armadilhas procedimentais, das quais as partes ainda conseguem lograr êxito na demanda muito por meio de erro do oponente, e não pela dedução eficaz do direito material. Essa abordagem tem sido combatida pela ciência processual, por ser diametralmente oposta ao

---

4 Nesse sentido, Sentís Meleno, sobre a indagação feita por Calamandrei se os ingleses trocariam sua justiça pelo desenvolvimento científico dos italianos (cf. apresentação à tradução argentina do livro de Vittorio Denti, *Estudios de Derecho Probatorio*, p. 9) In: Bedaque, *Direito e Processo*, p. 23.

reconhecimento da função meramente instrumental e acessória que o processo deve ter — apesar de sua importância.

O princípio da igualdade formal, concebido nos moldes liberais do século XIX, é um dos primeiros que precisam ser desconstruídos para que se possa avançar na ciência processual. Cappelletti assevera, inclusive, haver cinismo, quando se ignoram todas as diferenças sociais e econômicas que constituem óbices, às vezes intransponíveis, para a efetividade do processo. Apesar de hoje ter sido facilitado o ingresso no Judiciário, o acesso a uma tutela efetiva ainda é apenas um objetivo (BEDAQUE, 2011: p. 61).

Até aqui, pode-se perceber o processo apenas sob a perspectiva do direito individual, sem levar tanto em conta a influência do neopositivismo e do neoconstitucionalismo, contanto que se reconheça a extrapatrimonialidade de alguns direitos e a necessidade de serem garantidos. Esse desenvolvimento já foi incorporado legislativamente e tem sua aplicabilidade quase total decorrente da legislação infraconstitucional.

Com o avanço da teoria positivista, aliada ao avanço constitucional, o direito processual também sofrerá a necessidade de atualização. São elevados a nível constitucional valores como o devido processo legal, a garantia de defesa e o próprio acesso ao direito de ação. Este último muito maior do que apenas o direito de ingressar em juízo, mas também de, apesar das desigualdades materiais, conseguir uma tutela jurisdicional “rápida, simples, pouco custosa e capaz de satisfazer, de modo adequado, às necessidades” (TARUFFO, 2009: p. 73).

Se o processo é resultado de uma técnica, para que possa atingir os seus fins, ela não será exauriente em si mesma. Será a ideologia da época que guiará o escopo buscado. Segundo Taruffo (2009: p. 71), técnica e ideologia são “conjuntamente necessárias e disjuntamente ineficientes”. Ou seja, a técnica apenas será válida enquanto servir de mecanismo para a ideologia.

No atual cenário constitucional, a decisão final almejada deve ser uma sentença justa, com base na correta aplicação da lei e no acertamento sobre a verdade dos fatos. As normas processuais não serão fruto apenas de uma escolha



técnica, mas, sobretudo, decorrentes de uma opção ideológica, resultado do conjunto de valores vigentes à época. (TARUFFO, 2009: p. 71).

Cambi (2012, p. 84) destaca que nem o neoconstitucionalismo nem o neoprocessualismo configuram uma crise no direito. Pelo contrário, as evoluções teóricas são apenas uma tentativa de sistematizar o conhecimento já produzido, de forma crítica, em torno da construção de um método mais eficiente, tanto na interpretação quanto na aplicação do direito. Contudo, evita-se recair em decisionismos ou voluntarismos, “próprios de um ativismo judiciário irresponsável”.

Ao ter como pressuposto o Estado Constitucional e a importância de cumprimento do ordenamento jurídico, é decorrência lógica a necessidade de o processo ser dotado de técnica adequada às necessidades de direito material. Em âmbito jurisdicional, competirá ao judiciário levar a sério a Constituição. Essa postura proativa do juiz será justificada pelo dever de respeito à democracia material (CAMBI, 2012: p. 87-90).

E, se cada um dos Poderes tem o seu papel para fazer cumprir a constituição, caberá ao Judiciário, por meio do processo, salvaguardar a jurisdição com o fim de efetivar as normas constitucionais. Para isso necessitará afastar os empecilhos à realização dos direitos (CAMBI, 2012: p. 93). No entanto, estará sempre limitado pelo ordenamento jurídico que, apesar de mais amplo e complexo, não deixa de coagir também o órgão jurisdicional, o que será de fundamental importância no resguardo ao direito das partes contra arbitrariedades.

### **2.2.3 O papel do juiz na constitucionalização da jurisdição**

A primeira questão a ser tratada quando se aborda a participação do órgão judicial na solução de um litígio é a validade de sua atuação. A ideia clássica de função jurisdicional designa o juiz como sujeito inerte no âmbito processual. E, em que pese o reconhecimento de seu papel de intérprete do direito, ainda é difícil aceitar uma postura mais proativa. As principais críticas feitas são o ferimento à democracia — por ser apenas o legislativo dotado de poder para instituir uma norma — e o infringido à legitimidade de sua atuação.

O conceito de democracia, apesar de utilizado no âmbito jurídico, é estudado na Ciência Política. Ao defender a ideia da supremacia absoluta do legislativo incorre-se em dois erros: o primeiro já debatido anteriormente, de que as leis são representação perfeita e fiel da vontade geral do povo; e o segundo, de que a mera existência de um parlamento eleito — mesmo que de maneira justa — será suficiente para a consolidação de um estado democrático.

A democracia hoje não é vista apenas como eleições regulares, conduzidas de maneira justa e por meio de uma contagem honesta dos votos. Essa definição é reconhecida como uma falácia e denominada “eleitoralismo” (SCHMITTER & KARL, 1991: p. 78). Pelo contrário, além dos elementos básicos (dentre eles a efetiva representatividade), uma melhor democracia será aquela em que, além dos aspectos formais, substancialmente deverá haver o desenvolvimento das liberdades individuais e políticas (DIAMOND, 2004: p. 22)

Uma vez que o parlamento é falível, existirão outras autoridades capazes de decidir sobre a aplicação final de uma lei. O que distinguirá se essa atuação será democrática ou não é o fato de essa autoridade sofrer responsabilização pelos seus atos, tanto horizontal — por outras autoridades —, quanto verticalmente — por controle dos próprios cidadãos (SCHMITTER & KARL, 1991: p. 84).

No atual estado democrático não se pode cogitar a ideia de um poder público que não esteja submetido à lei. É o mesmo que dizer que todos os poderes devem estar dotados de visibilidade, controlabilidade e responsabilidade no exercício de suas funções públicas (FERRAJOLI 1999: p. 69-70). Ainda que se reconheça a essencial necessidade de independência das autoridades judiciárias no exercício de suas funções, é fundamental existirem mecanismos de controle à ilegalidade e ao abuso de poder.

Esse controle ocorrerá de duas formas: horizontalmente, por órgãos do poder público, como o *Parquet*, legitimado para atuar na defesa do cidadão frente aos arbítrios do Estado; e verticalmente, por meio da possibilidade de a própria sociedade civil, impulsionar o Estado a esse controle, pelo uso de instrumentos como a Ação Popular, a Reclamação junto ao STF ou representação direta no Conselho Nacional de Justiça — CNJ.

Reconhece-se que deverá ser assegurado a todos os grupos e indivíduos (inclusive os com menor poder), igual acesso aos direitos previstos na lei. O conceito de equidade é elevado a um requisito, fator necessário ao alcance da democracia e, portanto, um objetivo, democrático. Assim, será inegável a necessidade de conferir maior independência, capacidade e autoridade para as cortes judiciárias, que atuarão no controle do legislativo e na atuação do direito simultaneamente (DIAMOND, 2004: p. 27).

Quanto à legitimidade do judiciário para modular uma decisão do parlamento, esta decorrerá sobretudo do procedimento, que será o mecanismo de atuação e também de controle da atividade jurisdicional. A legitimação será dividida em procedimental — a adoção dos parâmetros fixados pelo legislativo — e substancial — quando o procedimento observar as condições necessárias para a correção do seu resultado (MARINONI, 2009: p. 431-438).

O resultado da atuação judicial, observados os fundamentos democráticos e a busca pela efetividade, tenderá a ser justo. Rawls defende que os procedimentos equitativos, em que se respeita o valor da imparcialidade e dá a todos a oportunidade igual de apresentar terão como valor intrínseco a justiça, que sempre dependerá do resultado provável alcançado (HABERMAS & RAWLS, 2000: p. 129).

A ideia de legitimidade é relacionada diretamente com a de justiça, uma vez que as instituições democráticas [no caso, o Judiciário] deverão adotar um procedimento com capacidade de solucionar um conflito em um ambiente — o democrático, que, por definição, é plural — no qual é quase impossível obter consenso (HABERMAS & RAWLS, 2000: p. 137).

O processo servirá de garantia para que a participação em contraditório não dependa do consentimento prévio de uma maioria. Da efetiva proteção contra arbítrios vindos da sociedade ou do Estado é que emergirá a legitimidade do processo. O princípio que garante a independência do poder judicial será revisitado, de modo a ter como pressuposto o amparo aos direitos fundamentais — mesmo frente a desmandos majoritários — e a subsunção mesmo dos poderes públicos à legalidade (FERRAJOLI, 1999: p. 72).

Como decorrência da interiorização desses valores haverá o

reconhecimento do poder de controle difuso de constitucionalidade pelo magistrado. O fundamento será de que os atos inconstitucionais, caso não sejam anulados ou afastados na situação em concreto, tornariam a Constituição como regra não obrigatória — situação impensável no atual estágio de evolução jurídico-política (MENDES, 2012: p. 1639).

Esse controle começou mesmo antes de haver previsão expressa dessa capacidade em sede judicial. O primeiro caso ocorreu nos Estados Unidos, em 1803, *Marbury vs. Madison*. Apesar da ausência de previsão na Constituição — o que feriria a legitimidade procedimental — o juiz Marshall desenvolveu raciocínio lógico-jurídico e reconheceu o poder do judiciário de interpretar as leis a fim de atuar sua vontade nos casos concretos (VELLOSO, 2012: p. 790).

Ao se admitir o papel do judiciário em efetivar a Constituição, o direito [fundamental] a um processo justo e a necessidade de o processo servir ao direito, reconhece-se a necessidade de conferir ao juiz o poder de atuar o processo para que atinja o seu escopo. Será ele quem, sob o aspecto positivo, deverá garantir às partes a admissão em juízo, o contraditório efetivo, uma decisão justa e, além de tudo, efetiva (CAMBI, 2008: p. 114-115).

Dessa forma, o juiz desenvolverá um papel de protagonista na atuação do direito. A justificação será o respeito à democracia e salvaguardar o papel da jurisdição na defesa da supremacia da Constituição, que ocorrerá afastando todos os óbices à efetivação dos direitos nela previstos. Contudo, essa atuação não implica conferir ao magistrado uma “carta branca” para voluntarismos ou atuação segundo seus próprios valores (CAMBI, 2012: p. 93).

O poder discricionário do juízo encontrará, na observância das garantias do direito material e do direito processual, limites de atuação, o que será fonte, ao mesmo tempo, de independência e de legitimidade — uma vez que a jurisdição passa a ser compreendida em função de sua efetividade, sendo perfeitamente coincidentes as fontes de legitimação da atividade judiciária e o respeito ao sistema de garantias (FERRAJOLI, 1999: p. 75).

Em que pese as críticas sobre a atuação recaírem sobre o medo de uma atuação discricionária do órgão judicante, o maior problema a ser enfrentado é

estabelecer mecanismos de controle de sua atuação. O livre convencimento é limitado pelo senso de responsabilidade, norteado pelos padrões de justiça e limitado pelos aspectos políticos e econômicos preconizados pela Constituição. A jurisdição constitucional se expandirá e se conterá a depender do momento (CAMBI, 2008: p. 102).

O desafio do atual estágio evolutivo do direito processual é conciliar, no pêndulo citado, a instrumentalidade do processo — a sua flexibilidade, conduzida pelo juiz — e o garantismo — a segurança de as partes não sofrerem abusos e poderem confiar que seus direitos serão resguardados, mesmo que todas as situações fáticas lhe sejam desfavoráveis (CAMBI, 2008: p. 124-125).

A insegurança jurídica e a atividade judicial arbitrária encontram, portanto, no novo sistema de garantias, mecanismos de controle. A fundamentação das decisões as submeterá a uma análise externa que ocorrerá quando houver duplo grau de jurisdição ou mesmo quando o arbítrio for tamanho, que implicar correição externa — mecanismo este incipiente no Brasil, mas passível de desenvolvimento aliado à cultura democrática.

#### **2.2.4. Direitos fundamentais processuais**

Na busca pelo controle da atividade jurisdicional, surgirão, como limites, os direitos fundamentais processuais. Ao guiar a interpretação e aplicação das leis ou quando tiverem aplicação normativa direta, funcionarão como dupla garantia: assegurarão a possibilidade de atuação da parte no processo e protegerão direitos materiais. Impedirão arbitrariedades provenientes do órgão judicial ou, quando existirem, possibilitarão sejam identificadas e revisadas pelo órgão superior.

As garantias do processo têm início com a Magna Carta, em 1215, em seu art. 39, que estabeleceu que a limitação a direitos deveria ser feita em um julgamento legal. O “due process of law” foi criação de Eduardo III, no direito inglês, e se incorporou ao direito estadunidense na V emenda à Constituição do país. No Brasil, a atual Constituição reconhece o direito processual não como mero acessório, mas como instrumento público de realização da justiça (CINTRA, 2012: p. 89).

A fim de assegurar a higidez do processo, em razão de sua importância na tutela do direito material, ele será regido por uma série de normas elevadas, em âmbito constitucional, a direitos fundamentais. A tutela constitucional do processo abrangerá, então, o direito de acesso à justiça, que versará sobre o direito de ação e o de defesa de direitos; e o direito ao processo — a garantia ao devido processo legal, inovação trazida apenas com a nova Constituição, de 1988 (CINTRA, 2012: p. 87-89 e 91).

Os princípios indicarão elementos mínimos para estruturar o processo de maneira justa. A justiça no transcurso do processo será avaliada na análise de cada um dos princípios. Será, então, um meio objetivo de controle da justiça processual (MITIDIERO, 2012: p. 619). Serão essas diretrizes constitucionais que guiarão o juízo quando da aplicação das normas e na condução dos ritos. A eficácia do procedimento adotado dependerá da atuação proporcional e do equilíbrio entre um direito e outro.

Em razão da importância na tutela dos direitos, e por ser o único meio legítimo de privação de direitos individuais (art. 5º, LIV, da CF/88), os direitos processuais foram previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, integrada ao ordenamento pátrio pelo Decreto n. 678, de 6/11/1992<sup>5</sup>. Importa trazer, ainda, o § 2º do art. 5º da CF/88, que adota a fórmula estadunidense dos direitos implícitos, ao aceitar a existência de outros direitos fundamentais decorrentes de seu texto ou adotados em tratados internacionais (CINTRA, 2012: p. 94).

Pode-se dividir os princípios processuais em dois grandes grupos: o primeiro, que versará sobre o acesso à justiça e o segundo, que versará sobre o devido processo legal. Enquanto este abordará normas sobre a condução do processo e mesmo implicará a adoção de determinado procedimento, aquele tratará de questões prévias e necessárias à própria participação, requisitos sem os quais o processo sequer existirá — ao menos, não validamente.

O significado de acesso à justiça sofrerá evolução paralela ao desenvolvimento do próprio direito. No Estado moderno não se discutia a maneira como as diferenças entre os litigantes poderiam influenciar no processo, mesmo a

---

5 O STF entendeu pelo caráter de supralegalidade dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos em BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009.

falta de recursos para financiar um litígio judicial era encarado como um problema. Apenas com o desenvolvimento do Estado Constitucional, a incorporação de direitos sociais, o efetivo direito de acesso passa a ser estudado e reconhecido como requisito fundamenta para garantir os demais direitos (GARTH, 2002: p. 4).

Uma vez que a diferença entre as partes não pode ser eliminada, deve-se buscar quais são os fatores que serão obstáculos e, portanto, precisarão ser contornados a fim de garantir a tutela judicial. O primeiro problema encontrado são os custos da demanda. Os honorários advocatícios, as custas processuais e o tempo despendido também são inquestionavelmente capazes de pressionar aqueles em pior situação econômica a sequer buscar o Judiciário ou então aceitar acordos em valores irrisórios (GARTH, 2002: p. 7).

As soluções para esse primeiro conjunto de problemas surge no século XX e variará de acordo com os países. No Brasil pode-se identificar a Lei 1.060, de 1950, que oferecerá benefícios de justiça gratuita aos economicamente hipossuficientes. Dentre outros aspectos, com o mesmo objetivo, foram criados os juizados especiais para pequenas quantias, a elevação da defensoria pública a uma função essencial à justiça e a outorga de legitimidade ao Ministério Público, em âmbito estatal, e a associações, em âmbito civil, de poderes para defender judicialmente interesses transindividuais.

Quem exercerá o papel fundamental no exercício do direito de ação, será o advogado, reconhecido, no art. 133 da Constituição da República, como indispensável à administração da justiça. A capacitação técnica para o exercício da advocacia não será interesse apenas do advogado em juízo ou da parte por ele representada, mas será de interesse público, social, pois estará diretamente relacionada à possibilidade de acesso a um direito, por meio de sua atuação no processo. Nesse sentido, o STF, no Recurso Extraordinário nº 603.583<sup>6</sup>, entendeu pela constitucionalidade do exame de ordem, que aferirá condições mínimas para o exercício da profissão.

Ao reconhecer a importância do papel do advogado e a sua capacidade de influir na condução do processo, é indispensável entendê-lo como

---

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 603583, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL — MÉRITO DJe-102 DIVULG 24-05-2012 PUBLIC 25-05-2012

instrumento na defesa de um direito. Quando o profissional é despreparado ou comete erro grosseiro, o que será prejudicado é o próprio direito material da parte, que restará indefesa em juízo. Assim, o advogado, visto como instrumento na tutela de um direito material, pode ter sua importância questionada. Deve-se indagar qual o impacto que um erro causado pelo advogado e identificado pelo Judiciário poderá ter sobre um direito, sobretudo quando for um direito fundamental.

Mesmo sob o fundamento de uma representação perfeita em juízo, por meio de advogado com competência de atuar o direito; uma vez acessado o judiciário, os princípios processuais regularão a condução do processo a fim de que este possa ser hábil a gerar uma sentença que tutele de maneira apropriada os direitos materiais em litígio.

O devido processo constitucional terá um modelo mínimo, em que deverão ser assegurados o contraditório, a ampla defesa, o direito à prova, a vedação à prova ilícita, ao juiz natural e à celeridade. Todos esses requisitos devem estar presentes de maneira harmônica, uma vez que, caso um se sobressaia a outro, será a efetiva tutela a prejudicada e, em consequência, o direito material.

Essas normas processuais já podem ser identificadas no processo do Estado Liberal. No entanto, passam a ter um significado diferente; deixam de ser uma faculdade das partes e passam a vincular também o próprio juiz, que deverá observar pela efetiva presença desses valores no processo. O contraditório não será mais apenas o direito de falar, mas o poder de influenciar a decisão final; o direito à prova abrangerá a distribuição dinâmica do ônus da prova; o direito à defesa incluirá a necessidade de defesa técnica. Em suma, todos os princípios serão revisitados e adquirirão nova aplicabilidade, sempre voltada à efetivação do direito material (MITIDIÉRO, 2012: p. 645-656).

A finalidade da nova interpretação dos princípios é a manutenção da supremacia constitucional, vez que, no Brasil, todos os juízes são, também, constitucionais, em razão da capacidade de atuarem no controle difuso, ou concreto, de constitucionalidade (TAVARES, 2012: p. 164). Assim, não apenas os princípios de direito material terão aplicabilidade, mas também os de direito processual, instrumentos para a aplicação daqueles.



## 3 Os novos processos constitucional e ordinário

### 3.1 O processo constitucional

No Estado Democrático e Social de Direito, por existirem valores distintos, busca-se equilibrar a exigência da defesa social, por meios repressivos, com a garantia dos direitos individuais (SIQUEIRA JR. 2012; p. 65). Surge, assim, o Direito Processual Constitucional, decorrente da aplicação do direito processual nos institutos tutelados pela Constituição (1988)<sup>7</sup>.

Diante da nova compreensão constitucional, surge, com origem em Kelsen, a necessidade de desenvolver um instrumento idôneo à defesa da jurisdição constitucional. O primeiro aspecto é a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos normativos. Essa atuação evoluirá para garantir a prevalência das normas constitucionais e a tutela das liberdades fundamentais com a criação de meios de ação próprios. O processo exercerá a função de garantia material contra o Estado (SIQUEIRA, 2012; p. 66).

Até o momento, foram trazidos vários aspectos da jurisdição comum. A jurisdição constitucional terá por fim a tutela do direito constitucional e será um mecanismo colocado à disposição de diversos outros atores com a finalidade de controlar o poder público. O direito processual constitucional é, então, aquele que regula a jurisdição constitucional com o fim de oferecer às partes a utilização adequada de instrumentos processuais para a garantia de direitos (SIQUEIRA, 2012: p. 68).

Siqueira Jr. (2012: p. 70) elenca três objetos da jurisdição constitucional:

1. Jurisdição constitucional (sentido restrito), que é o controle jurisdicional da constitucionalidade.
2. Jurisdição constitucional das liberdades, que estuda os *writs* ou as ações constitucionais, que têm por finalidade o controle das liberdades.
3. Jurisdição constitucional política, que busca a efetividade da Constituição no aspecto político ou o implemento das políticas públicas, que se exterioriza pelos instrumentos de defesa da cidadania, que tem por desiderato o controle político.

Medina (2012: p.13-14) destaca dois aspectos do processo constitucional: o controle da constitucionalidade das leis e, também, as normas relativas às ações que tutelam direitos fundamentais. Os estudos sobre este ramo do

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição da República (1988).

direito ainda têm graus distintos de desenvolvimento no mundo, e, tem na América Latina, o ambiente de maior destaque.

Em 28/5/2004 o Peru saiu à frente, ao publicar o Código de Processo Constitucional (Lei n. 28.237/2004), em que trata das ações constitucionais, das atribuições do Tribunal Constitucional e da Justiça Internacional. A Costa Rica, embora não trate o assunto com o mesmo nome, possui desde 1989 a Lei da Jurisdição constitucional, que trata das ações constitucionais e as ações e incidentes relativos ao controle de constitucionalidade (MEDINA, 2012: p.15).

O processo constitucional funciona, assim, com um caráter ambivalente: de um lado, assegura o exercício de um direito constitucionalmente previsto e relevante e, de outro, oferece garantia ao tutelado de sua observância pela autoridade, seja ela judiciária, administrativa ou até mesmo legislativa. Nesse sentido (ARAÚJO, 2012: p. 32):

Enfim, o processo constitucional permite, então, que os direitos fundamentais não sejam simplesmente concedidos ou reconhecidos como um favor feito pela autoridade, seja ela legislativa, administrativa ou jurisdicional, mas sim que decorram diretamente das proposições e construções feitas na via processual, no espaço procedimental cognitivo-argumentativo, a partir da linguagem jurídico-discursiva apta a impor à autoridade o dever de torná-los efetivos.

Também nesse sentido (HÄBERLE, 2012: p. 286):

A proteção dos direitos fundamentais e “das minorias” são outras palavras apropriadas. Pensa-se nos casos sobre transexuais resolvidos pelo Tribunal Constitucional Federal (BVerfG 49, 286: 60, 123: 88, 87) ou na proteção das línguas minoritárias (como o ladino) pela Corte em Roma (totalmente no espírito da Carta Europeia das Línguas Minoritárias ou Regionais). Também está muito difundida a proteção contra o “abuso de poder” estatal (em parte também o “abuso de poder social”) como função dos tribunais constitucionais. [Tradução livre, grifos acrescentados]

Dessa forma, o objeto de normatização, e também de estudo, do processo constitucional será a tutela constitucional judicial, que se efetivará em dois patamares. O primeiro ocorrerá na Corte Constitucional, órgão de cúpula do Judiciário, que terá como núcleo de sua competência o controle de constitucionalidade e legitimidade dos atos normativos e, também, processos cujos sujeitos — ativos ou passivos — sejam autoridades de elevado patamar hierárquico no Estado. As decisões do Tribunal são de elevado peso político e de significado jurídico e, em geral, têm ampla repercussão nacional, seja pelo número de interessados, seja pela importância do direito em litígio (BRANCO et al, 2012: p. 1512).

O segundo patamar da tutela constitucional ocorrerá nos demais graus de jurisdição: nos juízes e tribunais ordinários. Com o intuito de garantir a tutela judicial efetiva, o texto constitucional prevê medidas processuais específicas, que buscam se amoldar a cada violação ou ameaça de violação de direito. Exemplo são as garantias do *habeas corpus*, do *habeas data*, do mandado de injunção, mandado de segurança e os novos instrumentos criados, como a ação civil pública e a ação popular (BRANCO *et al*, 2012: p. 641).

Esses dois patamares de tutela constitucional serão um dos tipos de garantia instrumental previsto pela Constituição com a finalidade de tutelar, com efetividade, os direitos fundamentais nela previsto. O segundo tipo de garantia serão os princípios processuais constitucionais, já mencionados anteriormente (BUENO *et alii*, 2012: p. 19-20). São todas ferramentas que regularão e limitarão o poder público, seja na condução de um processo, seja na repressão de uma violação ou ameaça.

Assim, com a evolução do Estado, acompanhada pelo próprio Judiciário, a supremacia da Constituição será ponto de partida para a criação de inúmeros mecanismos que terão como objetivo assegurar a sua posição no ordenamento jurídico. Esses instrumentos serão acompanhados de princípios que nortearão a sua aplicabilidade, de modo a não restarem como meras promessas de um legislador ou do constituinte.

Algumas das ações, como o *habeas corpus*, têm origens muito anteriores ao conceito de constituição atual. Contudo, decorrem da internalização da necessidade de se tutelar de maneira efetiva determinado direito — o que não deixa de ser o cerne da preocupação constitucional contemporânea. Essa evolução da tutela será acompanhada tanto na criação desses novos mecanismos como também da maneira como eles serão abordados, mormente em âmbito judicial.

### 3.2 Instrumentos do processo

A partir da nova compreensão do direito, aliada à nova compreensão do Estado democrático — incluso o novo papel das instituições democráticas, nelas incluído o Poder Judiciário —, o processo constitucional necessitará de novos instrumentos para o alcance de seus objetivos. Logo, haverá mudança na

compreensão de legitimidade para atuar em juízo, na capacidade para atuar no processo e mesmo nos mecanismos que assegurarão a eficácia da decisão

### 3.2.1 O impulso

Uma vez que o Judiciário é, via de regra, inerte, incapaz de atuar de ofício ou, ao menos, impossibilitado de iniciar uma ação sem estímulo exterior, será a legitimidade o que definirá quem serão os atores passíveis de sujeitar determinada situação fática à apreciação e tutela do Estado. Classicamente, a legitimidade é conferida àquele que teve seu direito violado (ou em ameaça de violação).

Quando se parte do pressuposto de que há certos direitos que são fundamentais a tal ponto de não poderem ser deixados à livre vontade ou capacidade de um indivíduo defendê-lo, confere-se a terceiros a legitimidade de defendê-los em juízo. A primeira figura que surge será a do Ministério Público que, conforme o art. 127 da Constituição brasileira de 1988, terá o mister de defender os interesses individuais indisponíveis.

Na esfera individual, traz-se o exemplo do *habeas corpus*, cuja legitimação é extremamente ampla, podendo ser impetrado tanto pelo interessado direto, independentemente de sua capacidade, por terceiros, ou mesmo pelo Ministério Público que, apesar do papel tradicional de acusador, também é fiscal da lei, com o dever de velar pelo direito de liberdade (BUENO *et alii* 2012: p. 38).

Em face da importância do direito tutelado, a própria Constituição prevê a possibilidade de concessão, pelo magistrado, de ofício, quando identificar ilegalidade na coação. Mendes (2012; p. 334) entende que essa excepcionalidade, que vai de encontro à inércia judicial, se coaduna com a proteção judicial efetiva e resulta do regime constitucional de limitação de poderes; é, pois, uma garantia institucional inerente ao Estado Democrático de Direito.

O avanço na compreensão da importância da tutela de direitos e o reconhecimento dos direitos transindividuais, ambos trazidos pelo avanço da teoria constitucional, implicarão a busca por assegurar que a violação a determinados direitos seja sempre levada a apreciação do judiciário. Isso ocorrerá tanto na

ampliação da legitimidade do Ministério Público, quanto na conferência a outras entidades de igual atributo para defender direitos de terceiros em juízo.

Nessa conjuntura, surge a legitimidade para o *Parquet* defender os interesses transindividuais e, além dele, para as associações civis atuarem em defesa dos seus representados. O ente coletivo é capaz de atuar no processo em situação de igualdade real, o que nem sempre acontece quando o legitimado é apenas um indivíduo. A escolha dos legitimados para a tutela de direitos, a exemplo da ação civil pública, acontece com o objetivo de garantir o efetivo contraditório no procedimento (BUENO *et alii*, 2012: p. 399).

Ressalva-se o papel do Ministério Público, que tem se ampliado nos últimos anos, na defesa de direitos fundamentais. Em uma série de diplomas legais, já está prevista a possibilidade de atuação na defesa de grupos que, reconhecidamente, estão mais vulneráveis. São exemplos o papel da instituição na defesa do direito do consumidor, da ordem econômica, do idoso, deficientes físicos, investidores do mercado de valores mobiliários e crianças e adolescentes (MEDINA, 2012: p. 149). Essas coletividades encontram no próprio texto constitucional previsão de proteção efetiva pelo Estado.

Esse desenvolvimento do processo é resultado da assimilação, pelo legislador, dos valores publicistas e da superação dos dogmas privatistas do processo civil. O controle da legitimidade pelo juiz será quase nulo, uma vez que se averiguará apenas o preenchimento dos pressupostos legais de representação, e não o efetivo interesse na demanda (BUENO *et alii*, 2012: p. 400).

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, em 26/11/2013, reconheceu a legitimidade de seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para ajuizar ações coletivas em temas que afetem sua esfera local, afastada a limitação por pertinência temática<sup>8</sup>.

O Relator, Ministro Humberto Martins, entendeu ser “imperioso admitir que os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil possu[am] competência legalmente fixada para o ajuizamento de ações civis públicas”. Para

---

<sup>8</sup> REsp 1.351.760/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 9/12/2013

tanto, valeu-se do paralelismo de atribuições, previsto no art. 59 da Lei n. 8.906/1994, restringindo a atuação ao território da respectiva seccional.

Sobre a pertinência temática, o Ministro, ao reconhecer o caráter *sui generis* da OAB, e a competência outorgada pelo art. 44, inciso I, da Lei n. 8.906/1994, para a defesa da Constituição, da Ordem Jurídica, do Estado Democrático de Direito, dos Direitos Humanos e da Justiça Social.

Esse reconhecimento judiciário da intenção do legislador federal ao elaborar o Estatuto da Ordem se coaduna com a nova perspectiva sobre a legitimidade. Para tanto, foi decisivo o alinhamento de dois fatores: a idoneidade da OAB como instituição dotada de representatividade, mormente no que atine à técnica jurídica; e o bem jurídico tutelado — a defesa dos direitos coletivos e difusos, subsumidos à própria defesa da Constituição.

Em âmbito ordinário, o Código de Processo Civil, desde a Lei n. 11.280/2006, tem, em seu art. 219, § 5º, a determinação de o juiz reconhecer, de ofício, a prescrição. O entendimento se coaduna com aquele que admite ao magistrado reconhecer a qualquer tempo ou grau de jurisdição determinadas matérias, a quem a doutrina denominou de “ordem pública” (DIDIER, 2012; p. 447), presentes no art. 267, nos incisos IV, V e VI, conforme determinação de seu § 3º, todos do CPC.

Assim como pode haver a extinção do processo nos casos em que houver matéria de ordem pública, esta também poderá não ocorrer apesar da vontade das partes. Se quando a relação versa sobre direitos disponíveis, a parte tem ampla liberdade para transigir, renunciar ou reconhecer o pedido, tal possibilidade não existirá quando a lide versar sobre direito indisponível, pois haverá uma série de limitações para os poderes ou faculdades processuais (BEDAQUE, 2011: p. 23)

Então, quando o direito material classificar determinado direito como indisponível, não será por vontade ou leniência em âmbito processual que ele será violado. De outro lado, o processo não será palco para o exercício de caprichos individuais, ou mesmo instrumento de reforço a eventuais desigualdades materiais, capazes de afetar o próprio exercício do direito pela parte mais fraca.

Como exemplo, pode-se analisar o que diz respeito à prescrição. Cogita-se que, embora haja previsão legal que o juiz pronuncie a prescrição, por esta não se tratar de matéria de ordem pública, como as demais, a matéria estaria dentro da esfera de disponibilidade da parte. Na realidade, em duas hipóteses a parte poderia não arguir a prescrição: por renunciar ao direito ou ao cometer o erro processual de não arguí-la em momento oportuno.

A previsão legal fulmina a possibilidade de o juiz se imiscuir no motivo. Por não haver mais a pretensão de ação, não é papel do magistrado indagar o interesse da parte em pagar determinada dívida, por exemplo. Caso queira fazer o pagamento, não há confronto de interesses; logo, deverá ser resolvido fora do judiciário. Se houver cometido um erro processual, uma vez que há a previsão legal, o processo deverá ser extinto, conforme a previsão legal, por não ser ambiente para armadilhas, por mais difícil que ainda seja este reconhecimento pelos juristas contemporâneos.

Esse processo de assimilação da necessidade de proteção de determinados direitos não é recente. Desde 7/12/1976, no art. 31 da Lei n. 6.385, está prevista a possibilidade de intervenção da Comissão de Valores Mobiliários em processos judiciais — mesmo que de interesse apenas subjetivo — em que se discutam questões de direito societário sujeitas à análise da Comissão, uma autarquia federal.

Como se vê, surgem vários microssistemas legais de proteção a direitos, tanto em âmbito administrativo quanto nos primeiros graus de jurisdição. Outros exemplos são a Lei de Juizados Especiais, a Lei da ação civil pública, o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Defesa da Criança e do Adolescente e etc. Todos de interesse do próprio constituinte originário<sup>9</sup>.

Logo, a legitimidade para submeter determinada matéria a apreciação judicial, ou mesmo para permanecer em litígio, em virtude de mudança fática superveniente, dependerá da importância do direito tutelado e da possibilidade da regular defesa em juízo. E, nos casos em que esta não for suficiente, será admitida ou obrigatória a intervenção no processo de determinadas entidades ou

---

<sup>9</sup> Criança e Adolescente: ressaltam-se os incisos do § 3º do art. 227 da CF/88. Consumidor: observar o art. 48 do ADCT. Juizados: art. 98, inciso I e § 1º, da CF/88

instituições, como a atuação do Ministério Público na defesa de incapazes ou nas ações populares, seja da pessoa jurídica de direito público interessada, nas ações de improbidade.

### 3.2.2 A cognição

Ao se submeter a matéria ao Judiciário, quanto maior for a capacidade de cognição da matéria, maior será a possibilidade de adequação da decisão final e, portanto, da efetividade da tutela. No processo civil ordinário, cabe, em regra, às partes trazer as provas que lhes interesse ao juízo. Em algumas situações, já se estabeleceu ao juiz a possibilidade de determinar, de ofício, sua produção. Essa atuação será de importância diretamente proporcional à fundamentalidade do direito em litígio e de sua repercussão social.

A busca para trazer ao processo o máximo de informações sobre a situação fática envolvida na lide, em âmbito do processo constitucional, pode ser encontrada no art. 9º, § 1º, da Lei n. 9.868/99, que regula a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

No exemplo supracitado, encontra-se também um segundo instrumento importante, e novo, na jurisdição constitucional: a possibilidade de audiências públicas. As audiências também estão previstas no Regimento Interno do STF, em seus arts. 13 e 21 (que tratam da competência do Presidente do aludido Tribunal e do Relator de processo), que preveem sua existência nos casos em que houver repercussão geral e interesse público relevante.

Além das referidas audiências, com a mesma função existe a figura do *amicus curiae*, o amigo da corte. Para Bueno, não se trata de hipótese de “intervenção de terceiro”, propriamente dita. O interesse que este terá no processo será muito mais “institucional” do que pessoal. Ao atuar no processo, não falará em nome próprio, mas representará interesse de grupos ou segmentos sociais (BUENO, 2012: p. 4).



A possibilidade de atuação de setores da sociedade, seja pelas audiências, seja pelo *amicus curiæ*, é regulada pelo inciso II do art. 154 do RISTF, que garante que “será garantida a participação das diversas correntes de opinião”. Dessa forma, possibilita-se que o processo seja nutrido com a maior quantidade de conteúdo possível, sem que se comprometa o “equilíbrio informacional”, o que, por fim, será o mesmo que garantir que todos os interesses sociais no processo sejam equitativamente representados (BUENO, 2012: p. 27).

Essa possibilidade de atuação reflete a assimilação da teoria de Häberle, da necessidade de trazer, para o Judiciário, a pluralidade social, quando houver discussão de assunto de interesse coletivo. Essa participação plural é resultado inerente da sociedade democrática, já que a interpretação constitucional é assunto de interesse comum (HÄBERLE, 2002: p. 22-24).

A abertura procedimental passa a ser utilizada, no ordenamento jurídico brasileiro, em uma série de processos objetivos — em que o interesse em litígio não é meramente das partes aduzidas em juízo. Essa intervenção passa a ser prevista nos processos em que se busca a edição, revisão ou cancelamento de Súmula, no STF (art. 3º, § 2º, da Lei n. 11.417/2006); no julgamento dos “recursos especiais repetitivos” e na identificação da repercussão geral dos recursos extraordinários (alteração do CPC, em seus arts. 543-C, §§ 3º e 7º, e 543-B, pelas Leis n. 11.418/2006 e 11.672/2008, respectivamente);

Cambi (2012: p. 94) entende que não apenas no Judiciário ou mesmo antes da apreciação judicial, se pode utilizar esse maior número de técnicas capazes de promover a democracia participativa. O Ministério Público, quando se vale desses instrumentos, seja no curso do inquérito civil ou mesmo antes da propositura de ações civis públicas mais complexas, acaba por aumentar a legitimidade da atuação do próprio Estado.

Marinoni (2008: p. 429) enxerga esses mecanismos de participação do cidadão como uma responsabilidade do próprio processo judicial, que teria o dever de ser aberto para a participação popular. O processo passa a ser, também, além de instrumento de tutela, uma “via ou conduto de participação”, sendo, além de instrumento do poder, um instrumento para a “participação no poder”.

Essa possibilidade de maior atuação da sociedade no processo é uma forma de implementação da democracia, uma vez que o Poder Judiciário passa a ser capaz, cada vez mais, de estabelecer precedentes com eficácia vinculante e além das partes litigantes. O poder do magistrado é aumentado, no entanto, o dever de respeitar um procedimento democraticamente aberto alimentará a legitimidade para a aplicação social da decisão final (GOMES, 2009: p. 136).

Dessa forma, fica demonstrado que o processo constitucional começa a se valer de uma série de mecanismos mais amplos, com o fim de aumentar sua cognição. O objetivo final é dotar o órgão judiciário de insumos, tanto fáticos, quanto teóricos, suficientes para que a decisão final a ser prolatada possa servir à sociedade nos limites de sua necessidade e, portanto, capaz de tutelar efetivamente o bem jurídico não apenas formalmente, mas de maneira concreta.

### **3.2.3 A tutela**

O terceiro aspecto do processo constitucional a ser abordado será a tutela, mais especificamente, a preocupação sobre como a jurisdição, já acionada e dotada de elementos mínimos, atuará de modo a garantir o provimento final objeto do litígio.

O primeiro cuidado a se observar é sobre como será tratada a tutela de urgência. A concessão ou denegação de uma medida, seja em sede de liminar, seja em uma ação cautelar autônoma pode ser decisiva para a viabilidade da tutela judicial.

No que atine à tutela de urgência, o processo civil e o processo constitucional evoluíram de modo paralelo. Hoje, os marcos para o reconhecimento da efetividade da medida são a possibilidade de concessão, de ofício, pelo juiz da medida; da possibilidade de concessão de uma medida não necessariamente tipificada na legislação (art. 461, § 5º, do CPC); e a possibilidade de concessão da medida sem que seja ouvida a outra parte (art. 928 do mesmo diploma) (BUENO *et alii*, 2012: p. 375).

É digno de nota, no entanto, a inovação trazida pelo legislador, no que se refere à coisa julgada nas ações civis públicas. O art. 18 da Lei da Ação Popular

(Lei n. 4.717/65) prevê que esta não ocorrerá quando a ação for julgada improcedente por escassez de provas, de modo a poder ser proposta, caso surjam novos elementos probatórios. O instituto é resultado de uma preocupação para o caso de que eventual falha da legitimidade da ação — por demais aberta —, pudesse comprometer o bem jurídico a ser tutelado (BUENO *et alii*, 2012: p. 436).

Essa relativização da coisa julgada é um exemplo claro de que a importância do bem tutelado, quando comparada com todos os problemas que podem ser encontrados (de representatividade da parte ou de eficácia probatória) se sobressai à própria segurança jurídica. Essa ponderação já existe há mais de cinco décadas no Brasil; em 29/6/1965, entrou em vigor como norma legislada.

Por último, ao se falar da atuação do órgão judicial em relação à efetividade da tutela, é mister ressaltar a mudança de posicionamento em relação ao mandado de injunção, ação novel no direito brasileiro, com origem no inciso LXXI do art. 5º da Constituição de 1988 (BUENO *et alii*, 2012: p. 223).

Quanto ao mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal teve uma mudança de postura no que diz respeito à forma de provimento da tutela. De início, entendia-se que a ação tinha caráter meramente declaratório, apenas reconhecia a inércia do legislador. No entanto, com o julgamento do Mandado de Injunção n. 20<sup>10</sup>, a Corte mudou seu entendimento. Uma vez que reconhecida a procedência da ação, a tutela teria o escopo de garantir a fruição do direito constitucionalmente previsto.

No caso supracitado, a interpretação do texto constitucional foi compreensiva, de modo a possibilitar o exercício do direito de greve. O poder normativo exercido pela Corte foi nos limites de possibilitar a aplicação de uma determinação constitucional (BRANCO *et al*, 2012: p. 2046). Portanto, em que pese no plano fático o Tribunal ter criado uma situação jurídica nova, no plano do direito agiu-se estritamente no cumprimento da norma prevista na Constituição.

Volta-se, portanto, aos valores anteriormente citados. Tanto o legislativo, quanto o judiciário brasileiros, já interiorizaram o novo estágio de evolução do direito, a nova leitura do direito constitucional e a nova leitura do direito processual. O processo hoje é sede de discussão do direito. O objetivo é que as

---

10 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 20, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/5/1994, DJ 22/11/1996

decisões tenham a possibilidade cada vez maior de serem dotadas, além da efetividade — o que é fundamental e intrínseco ao processo —, de legitimidade social e de justiça.

### 3.3 Mudanças no processo

Para que ocorra a efetiva tutela, os princípios constitucionais aplicados ao processo (neoconstitucionalismo) têm sua aplicação desenvolvida, nos últimos tempos, no âmbito do processo constitucional. Isso se dá uma vez que os direitos protegidos em sede constitucional acabam por ter reconhecida sua relevância jurídica — e social —, maior que os disciplinados ordinariamente.

Dentre os institutos desenvolvidos para essa aplicação, notou-se preponderantemente a necessidade, além da aplicação precisa do direito, do alcance mais próximo possível da verdade real. O objetivo visado é a efetiva tutela jurisdicional — é que o direito seja aplicado ao caso específico em concreto — e não a uma situação díspar, a que a decisão proferida não seja sequer pertinente.

Logo, cresce a relevância do contraditório, revestido de uma nova roupagem: a possibilidade de não apenas as partes litigantes, mas de todos os interessados no processo atuarem e terem, de fato e não apenas de direito, a oportunidade de influenciar na decisão a ser prolatada pelo órgão julgador.

Para Araújo, Fazzalari rompe, nesse sentido, com os processualistas anteriores (Bullow, Chiovenda, Carnelutti e Liebman). Define processo como espécie de procedimento — este em contraditório. Passa a ser a garantia de a pessoa, passível de privação pelo Estado, participar do provimento estatal. Rompe com a teoria do processo como relação jurídica (torna-se procedimento em contraditório). Torna-se, portanto, requisito para construção e legitimação do provimento jurisdicional com necessário diálogo entre os destinatários (ARAÚJO, 2012: p. 3).

Mesmo assim, a teoria de Fazzalari não subsiste após o Processo Constitucional do pós-guerra. Ela é desenvolvida no sentido de mesmo o contraditório não ser mais importante que a supremacia das normas constitucionais — o que rompe com os pressupostos civilistas clássicos, de mera aplicação

gramatical dos textos legais, sem a preocupação com a finalidade da norma ou com a sua constitucionalidade (ARAÚJO, 2012: p. 10).

O novo processo constitucional passa a ser garantia a um procedimento “cognitivo-argumentativo” com possibilidade de o interessado efetivamente participar na decisão que o atingirá. Deixa de ser instrumento de jurisdição, passa a ser elemento estruturante do Estado Democrático de Direito.

Essa mudança se dá pelo fato de os direitos fundamentais não serem mais meramente estáticos, mas por exigirem do Estado condições de fruição. Deve-se atuar concretamente no sentido de criar pressupostos fáticos e de exercício, seja pela criação de órgãos ou de outras providências normativas a fim de garantir o exercício.

Logo, a atuação processual começa a se desenvolver não apenas mais no sentido do contraditório, restrito às partes envolvidas, mas tem seu âmbito expandido e os limites alterados a fim de garantir a sua função.

Se, por um lado, a atuação do Executivo e do Legislativo é inerte, ou incapaz de surtir efeitos, por outro, é exigido do Judiciário atuar no sentido de garantir o direito. Se foi iniciado um processo de flexibilização do direito em si, para abarcar o desenvolvimento social, este progride até a flexibilização do processo e da criação de mecanismos novos, rupturas com o conceito clássico, a fim de garantir sua função.

Dentro desse arcabouço de inovações, é possível identificar mecanismos que, oriundos do processo constitucional, passam a ser aplicáveis também aos processos ordinários, nos diferentes âmbitos de atuação. Porém, nota-se sempre haver a preponderância do interesse em efetivar o conteúdo constitucional.

Com isso, o valor do processo deixa de ser pelo seu aspecto ontológico (pelo que ele é) e passa a ser pelo seu aspecto axiológico: seu valor no que diz respeito ao resultado que pode produzir. É o foco da teoria do neoprocessualismo: na atribuição de propósitos constitucionais ao processo civil, rompendo com a antiga autonomia e servindo como método de realização de justiça material (PORTO, 2012: p. 54).

As normas processuais precisarão, portanto, se adequar a cada caso

específico com o fim de garantir a efetividade da tutela pretendida. Essa nova visão do processo será primeiramente desenvolvida no processo constitucional e, mais especificamente, naquelas ações que tramitam no tribunal constitucional. O principal motivo é a maior legitimidade que o órgão tem para dizer o direito, sobretudo quando vai de encontro às expectativas vigentes.

Esse desenvolvimento se dará tanto de iniciativa legislativa — a criação de leis que regulem as ações e os direitos de modo a buscar maior efetividade —, quanto de iniciativa judicial — pela mudança de atitude frente à carência de norma específica capaz de regular a situação em litígio. Essa segunda será a preponderante em especial quando, apesar de a norma existir, for insuficiente ou inadequada para regular a situação específica.

Como primeiro exemplo, é trazido para análise o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2866-9, em que a Associação Brasileira dos Extratores e Refinadores de Sal (ABERSAL) enfrentou um vácuo legislativo para que tivesse sua legitimidade reconhecida em juízo. É requisito para propositura da ação seja a entidade de “caráter nacional”, conceito abstrato até então regulado pela Lei n. 9.096/1995 — Lei dos Partidos Políticos —, que definiu possuir caráter nacional aquela entidade com representação em pelo menos um terço dos estados da federação.

Para a decisão sobre a legitimidade da ABERSAL, o STF levou em conta dois fatores: a produção de sal ocorrer apenas em alguns poucos estados da federação, de modo a ser inócua a exigência de sua presença em vários dos estados e, também, a relevância nacional da atividade “haja vista ser notório que o consumo de sal ocorre em todas as unidades da federação.”<sup>11</sup>

A Corte, por unanimidade, reconheceu a legitimidade ativa da entidade, que representava dez empresas sediadas em apenas quatro estados, mas responsáveis pelo abastecimento de 80,72% do sal no país, afastando o critério existente na Lei n. 9.096/1995.

Em outra ação<sup>12</sup>, o Tribunal manteve o reconhecimento da legitimidade

---

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2.866-9. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Tribunal Pleno, julgado em 25/9/2003, DJe-145 DIVULG 5/8/2010 PUBLIC 23/8/2010.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.618 AgR-AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2004, DJ 31-03-2006

de partido político em ADI, mesmo com perda superveniente de representação no Congresso Nacional — requisito constitucional para propositura da ação<sup>13</sup>. No caso houve o reconhecimento de não serem meramente subjetivos os interesses envolvidos em litígio, mas o caráter objetivo do controle de constitucionalidade, em que se evidencia ser a matéria de ordem pública, restando o caráter indisponível da ação. Importa trazer parte do voto do Ministro Cezar Peluso:

Sr. Presidente, partindo do pressuposto de que não há possibilidade de submeter este processo, vamos dizer, *sui generis*, aos princípios legais e dogmáticos do chamado processo subjetivo, não vejo como, neste caso, negar, porque é disso que se trata, a continuidade do processo objetivo, para que o Tribunal exerça função diferenciada daquela que, sob o título de jurisdição estrita, exerce nos processos subjetivos, em que se julga caso concreto de lide, e, hipoteticamente, a existência, ou não, de direito subjetivo. Neste caso, a Corte exerce função político-constitucional tendente à defesa do ordenamento jurídico. No processo subjetivo tradicional, evidentemente não se pode prescindir da subsistência de legitimação no curso de todo o processo, assim porque o processo subjetivo tradicional depende, não apenas da iniciativa da parte na sua instauração, mas, no próprio impulso processual, não obstante o caráter oficioso com que o juiz pode agir, também depende, quanto a alguns atos, da iniciativa do autor. Em segundo lugar, nos casos em que há perda superveniente de legitimação ativa ad causam no processo subjetivo tradicional, a explicação, vamos dizer, *pré-jurídica*, é de que terá havido, por efeito da legislação ou por efeito de algum fato já previsto na legislação, a perda de cantata daquele primitivo autor com o direito subjetivo objeto do processo.

[...]

De modo que a extinção superveniente da representação parlamentar do partido político, no caso, a mim me parece também, com o devido respeito, que não é causa suficiente para desvestir o Tribunal do dever de apreciar a questão da constitucionalidade que interessa ao ordenamento jurídico, e sem nenhum reflexo, pelo menos próximo, quanto a direito subjetivo. Também vou pedir vênias ao eminente Ministro-Relator para acompanhar a dissidência. [Grifos inexistentes no original]

Nos dois casos anteriormente abordados, o STF reconheceu o caráter objetivo do direito em litígio. Esse aspecto diz respeito ao direito não como faculdade ou direito de um titular específico, mas de um “ponto de vista da comunidade, como valores ou fins”. Dessa forma, é papel do Estado proteger os direitos que entende fundamentais. Essa compreensão terá repercussão direta na atuação do ordenamento jurídico, é o que se denomina de eficácia irradiante (MARINONI, 2010b: p. 131).

O STF julgou, mais recentemente, Agravo Regimental na Ação Penal n. 470, conhecida como o “mensalão”<sup>14</sup>. No caso, discutiu-se o cabimento do recurso de

13 BRASIL. Constituição da República. Art. 103, inciso VII.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg na AP nº 470. Relator(a): Min JOAQUIM BARBOSA. Tribunal Pleno, julgado em 18/9/2013. DJe-187, PUBLIC 24/9/2013.

embargos infringentes em decisão não unânime da Corte. A dúvida pairou frente a possível revogação do art. 333, inciso I, do Regimento Interno do STF, pela Lei n. 8.038/90. O maior impacto sobre o processo foi a comoção nacional e a ânsia por um desfecho rápido e condenação dos acusados. Além do conflito aparente de normas, ou diálogo das fontes, o debate se fundamentou em sólidos argumentos principiológicos.

O Ministro Barroso, mencionado anteriormente, defensor de uma nova leitura do positivismo, entende que o cabimento do recurso se daria não em função de eventual ausência do duplo grau de jurisdição, mas decorrente de uma análise sistêmica tanto do ordenamento jurídico posto, quanto do próprio posicionamento mantido pelo Tribunal:

Por fim, o argumento relativo à suposta “eternização” da AP 470 justifica alguns comentários. Em primeiro lugar, não se trata propriamente de um fundamento jurídico, sendo antes um convite a que o Tribunal reflita sobre o cabimento dos embargos infringentes a partir da conveniência de sua resposta. Ainda que as conseqüências [sic] sociais das decisões sejam um elemento importante a ser considerado, não é comum que esse tipo de raciocínio seja empregado para o fim de se negar aos acusados em processo penal um tipo de recurso que se encontre previsto em diploma normativo válido. O direito penal e processual penal, mais do que quaisquer outros ramos do Direito, devem conciliar o exercício da pretensão punitiva estatal com o Estado de direito e o devido processo legal.

[...] No entanto, com todas as vênias às opiniões em sentido contrário, entendo que elementos constitucionais como os princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica, do devido processo legal e da própria legalidade impedem o Tribunal de ignorar dispositivo que sempre se considerou vigente a fim de abreviar o desfecho de processo penal determinado.

[...]

(v) No âmbito do Supremo Tribunal Federal, todas as manifestações produzidas após a Constituição de 1988 apontam no mesmo sentido. De fato, há diversos pronunciamentos do Tribunal — posteriores à edição da Lei nº 8.038/90 — que trataram do tema dos embargos infringentes, afirmando o seu cabimento nas hipóteses taxativas previstas no art. 333 do RI/STF. Essa constatação confronta o Tribunal com a sua própria jurisprudência e com os riscos de alterá-la justamente no curso de uma ação penal tão significativa;

Já a abordagem presente no voto do Ministro Celso de Mello se pautou ainda mais na normatividade dos princípios adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro sem, no entanto, fugir à segurança jurídica.

Esse direito ao duplo grau de jurisdição, consoante adverte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é também invocável mesmo nas hipóteses de condenações penais em decorrência de prerrogativa de foro, decretadas, em sede originária, por Cortes Supremas de Justiça estruturadas no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido, como obrigatória, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica.



Não custa lembrar que o Brasil, apoiando-se em soberana deliberação, submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que significa — considerado o formal reconhecimento da obrigatoriedade de observância e respeito da competência da Corte (Decreto nº 4.463/2002) — que o Estado brasileiro comprometeu-se, por efeito de sua própria vontade político-jurídica, “a cumprir a decisão da Corte em todo caso” de que é parte (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 68). “Pacta sunt servanda”...

Dessa forma, fica claro que a antiga visão das normas processuais como regras rígidas, interpretadas por si sós, isoladas do sistema em que se encontram e às quais as situações concretas deveriam se amoldar perfeitamente, foi ultrapassada pela Corte Constitucional brasileira. A importância do direito em litígio e o entendimento do caráter instrumental das normas processuais dão fundamento à aplicação segundo sua própria finalidade, compreendidas no contexto em que estão inseridas.

A análise, também em âmbito acadêmico, da proatividade do Judiciário nos casos em que a norma não tutela de maneira adequada a situação material tem elevada importância porque será a prática no cotidiano dos profissionais do direito. No entanto, a despeito das críticas ao sistema atual, o Legislativo é, e não deixará de ser, a fonte principal e balizadora do direito no ordenamento jurídico brasileiro.

O poder legiferante não tem se mantido alheio a esta abordagem com foco no Judiciário, sobretudo no que diz respeito às ações constitucionais. O judicialismo constitucional tem ganhado forma, nas últimas décadas, preponderantemente por meio de inovações legislativas, que se encontram em ampla consonância com o desenvolvimento da doutrina do processo constitucional.

O primeiro exemplo é a ampliação da legitimidade para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que antes era apenas do Procurador-Geral da República. Essa abertura se coaduna com a tendência atual de repúdio à legitimidade exclusivamente individual, em prol da efetividade do processo (DINAMARCO, 2009: p. 29). Assim, a inércia de um dos interessados não é capaz de impedir a tutela e a análise pelo judiciário da validade de uma lei ou de um ato normativo.

O rol de legitimados para atuar nesse controle é distinto do processo civil comum, uma vez que a inércia ou impossibilidade de um sujeito não pode afetar a garantia de um direito. O número de legitimados deverá ser amplo o suficiente para que permita tanto o controle horizontal — feito por instituições do próprio

Estado — quanto vertical, por cidadãos e suas organizações civis. Essa capacidade de controle horizontal e vertical é uma das principais características de uma democracia (DIAMOND, 2004: p. 21).

Outro exemplo digno de nota é a regulamentação da ação civil pública e sua evolução, desde a promulgação, em 1985 da Lei n. 7.347, que, ao trazer para o ordenamento um conjunto de técnicas processuais para a tutela de direitos coletivos, afastou também a tutela jurisdicional dos conceitos de Estado liberal, arraigado na cultura brasileira após os males absolutistas (BUENO et alii, 2012: p. 354).

Nos processos de repercussão coletiva, fica mais clara a maior participação do juiz e seu papel inquisitivo, com poder e dever de conceder tutelas de urgência, nos limites do devido processo constitucional. A maior característica das tutelas coletivas é a ausência de interesse na tutela ressarcitória e, por isso, a importância de se conseguir a tutela *in natura* dos direitos previstos. Nessa conjuntura, e frente às dificuldades da própria ação, a ação civil pública pode ser entendida como um conjunto de regras processuais que serão utilizados de modo a melhor tutelar os direitos coletivos (BUENO et alii, 2012. p. 365).

O resultado é a previsão, pelo próprio legislador, de medidas abertas a serem tomadas pelo judiciário. São exemplos a fungibilidade, de ofício, do pedido imediato ou a possibilidade de concessão de tutela específica atípica. Essas providências serão aplicadas na medida em que assim o demandar a violação ou a ameaça de violação que se pretende combater (BUENO et alii, 2012: p. 366-372).

Diante da evolução, tanto judicial quanto legislativa, das normas processuais constitucionais, nota-se que, no direito brasileiro, já se começou a deixar de lado o apego incondicional aos valores do estado liberal e a assumir alguns relativos ao estado social. A ampliação de legitimidade das ações reflete a assunção de que apenas um indivíduo não detém toda a capacidade real para responder por determinado bem jurídico e, por outro lado, a possibilidade de tutelas atípicas — não previstas em lei — é resultado do reconhecimento de ser impossível prever todas as situações fáticas e regulá-las em lei antecipadamente.

Assim, essas inovações trazidas pelo poder público são dotadas, de um lado, pelo aumento na discricionariedade do órgão — que terá como objetivo a

possibilidade de adequação dos fatos ao direito —, mas, de outro, da necessidade de controle, tanto da decisão quanto da autoridade que a profere. A fundamentação, a publicidade e a possibilidade de controle, por diferentes entidades, exercerão papel que assegurará o exercício democrático dos poderes públicos, sobretudo do Judiciário.

## Conclusão

Diante de todo o exposto, demonstrou-se haver grande mudança no Direito Processual, em essência, e na forma como a comunidade jurídica — juristas, doutrinadores e o próprio Judiciário — o tem operado. Se o processo surgiu como mecanismo responsável para a tutela de direitos, a forma como foi abordada evoluiu muito até o processo contemporâneo, tendo refletido as ideologias de cada momento histórico, social e cultural para atingir sua finalidade, mesmo que tenha sido mais ou menos efetivo.

Conforme o explanado, demonstrou-se que o Estado brasileiro, sob a égide da Constituição de 1988 e mesmo da evolução que teve tanto do texto constitucional quanto da leitura que lhe é dada, é regido também por valores do Estado social, e não mais apenas do modelo liberal clássico.

Essa abordagem, que surge inicialmente como uma diretriz constitucional, de caráter predominantemente político, foi assimilada pelo próprio direito e suas instituições: o Judiciário, advogados, doutrinadores e demais juristas. Desse modo, a diretriz passa a ser dotada cada vez mais de efetividade e, por conseguinte, a servir de instrumento de aplicação de outros programas constitucionais.

A consequência dessa assimilação é o seu efeito imediato nas diversas esferas de Poder do Estado. Sob o enfoque do Legislativo, de onde emana a fonte primordial do direito, cabe ressaltar a importância que têm as leis da ação civil pública, da ação popular, da ação indireta de constitucionalidade e do mandado de segurança na construção da nova ordem jurídica.

Essas leis regulamentam diversos procedimentos distintos no âmbito do direito processual. Elas inovarão o ordenamento de modo a desconstruir alguns institutos processuais que antes eram de sobremaneira rígidos, como a legitimidade das partes e até mesmo a coisa julgada material. O objetivo será, sempre, encontrar um equilíbrio entre a segurança jurídica – que, aliás, deixa de ser encarada como um valor soberano e absoluto – e os direitos fundamentais.

Nesse mesmo âmbito de proteção a direitos, e assomado aos valores sociais, se desenvolve a tutela de direitos transindividuais. Uma vez que a maior parte dos direitos individuais é disponível, ao menos daqueles de caráter

eminentemente patrimonial, surge a necessidade de coibir abusos que, embora sejam individualmente de somenos importância, tenham caráter prejudicial quando ocorridos contra uma coletividade. Ganham especial relevância as associações de classe, os sindicatos e, principalmente o Ministério Público.

Essa última instituição surge como uma faceta do próprio Estado para controlar excessos de poder por parte do próprio ente público e também por parte de entidades privadas. Se a principal característica do *Parquet* era sua atuação no processo penal, nota-se a progressão de sua atividade na defesa de bens jurídicos que, apesar de não amparados pelo direito penal, emanam como direitos fundamentais, por vezes indisponíveis e carentes de proteção adequada.

Essa mudança na legitimidade na tutela do direito pode ser vista como a primeira de uma série de outras. Também despontaram mudanças sobre as formas de cognição, sobre as medidas cautelares e as medidas assecuratórias do direito. No entanto, pode-se concluir que a transformação mais significativa se deu no papel do juiz diante do processo.

O magistrado perde sua absoluta passividade tanto diante do direito quanto do próprio processo. Ganhará, portanto, poderes para garantir o máximo de efetividade do provimento jurisdicional, que não será mais um local de disputa de interesses exclusivamente privados, mas de atuação do próprio direito material, de interesse do Estado e de toda a coletividade.

A diferente possibilidade de atuação, com novos poderes é o elemento que já mais crítico encontrado e debatido seja judicial, seja doutrinariamente. Com razão, há uma suposta perda de previsibilidade e de segurança jurídica, o que causa temor sobretudo na sociedade brasileira com seu histórico de regimes ditatoriais.

No entanto, essa mudança de postura é um caminho sem volta. O caráter mais “ativista” do juiz já adentrou o direito não apenas pelas fontes mais abertas e de legitimidade mais delicada, mas principalmente por meio de uma série de leis que de maneira reiterada têm ampliado a competência dos órgãos judiciários para a solução efetiva dos litígios a eles submetidos.

Dessa forma, ao considerar que um dos fundamentos da democracia é o controle sobre os poderes públicos, percebe-se que surge a necessidade de

controle também do Judiciário. Se antes era absolutamente inerte e passivo, postura decorrente da herança da cultura francesa, onde esse Poder é alvo de profundas desconfianças, o atual direito brasileiro o colocará como sujeito dotado de capacidade e até mesmo de iniciativa, o que até então era impensável.

Porém, o mesmo ordenamento jurídico que institui novos poderes instituirá também mecanismos de responsabilização. Resta a dúvida sobre a suficiência daqueles já existentes e da possibilidade e conveniência de criação de outros mais.

Portanto, os estudos realizados permitiram concluir que:

1. O Direito não é inerte nem alheio aos valores da sociedade em que está inserido, pelo contrário, será influenciado pela ideologia vigente.

2. A Constituição de 1988, em sintonia com a evolução do estudo jurídico, determinará que valores sociais, como os referentes a equidade e justiça, adentrem o ordenamento jurídico como diretriz de sua aplicação.

3. O processo será influenciado pelo direito material, sobretudo os direitos fundamentais e outros decorrentes da Constituição, não podendo mais ser completamente alheio a eles, sob o risco de não ser capaz de dar a eles efetividade e ter sua função no ordenamento jurídico esvaziada.

4. Foram, portanto, criados novos mecanismos para que o processo seja capaz de atingir o seu fim: a efetiva tutela de direitos.

5. É evidente e drástica a mudança de papel do juiz no processo, a perda do seu caráter inerte, o ganho de novos poderes e a sua absoluta falta de responsabilização ou meios de controle das decisões judiciais.

6. Considerando-se que no Estado Democrático toda forma de poder deve ter uma equivalente forma de responsabilização, resta a dúvida sobre qual a importância (e qual a abrangência) de serem desenvolvidas novas formas de controle do próprio Judiciário.

## Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *O processo constitucional como elemento de proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*. Revista Brasileira de Direito Processual — RBDPro, Belo Horizonte, ano 20, nº 80, p. 71-99, out./dez. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito in Doutrinas essenciais: direito constitucional*, Vol. 1, Teoria geral da constituição. Org. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso. Págs. 143-195. Ed. Revista dos Tribunais. Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos. São Paulo, 2011.
- \_\_\_\_\_. *O novo direito constitucional e a constitucionalização do direito in Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Págs. 321-331. Ed. Renovar. São Paulo. 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo, Ed. Malheiros, 6ª Ed. 2011.
- BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella e FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional in* Revista de informação legislativa, págs. 105-131 a. 48 n. 189 jan./mar. 2011. Senado. Brasília, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*, vol. 1, 12ª Ed. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1999.
- \_\_\_\_\_, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Ed. Ícone. São Paulo. 1ª edição, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. Ed. Edições Profissionais. São Paulo. 1ª Edição, 2001.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiæ e audiências públicas na jurisdição constitucional: reflexões de um processualista civil*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais — RBEC, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 1021-1051, out./dez. 2012.
- \_\_\_\_\_. *Et Alii. Ações Constitucionais*. Org. Fredie Didier Jr. 3ª Edição, Ed. JusPodium, Bahia, 2012.
- CAMBI, Eduardo. *Protagonismo judiciário responsável*. In: Argumenta. Ed. UENP, Jacarezinho-SP, p. 83-97, 2012.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 16ª Edição, 2010.
- CASTANHATO, Camila. MATSUHITA, Thiago Lopes. *Jus-humanismo*. In: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Paulo, Ano 14, nº 16, 2010.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Ed. Malheiros, 28ª Ed., 2012.

- COUTO, João Gabriel Krás. Et Alii. *O Processo Civil no Estado Constitucional*. Org. Daniel Mitidiero. Ed. JusPodium, Bahia, 2012.
- DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo. Ed. Madras. 2004.
- DIAMOND, Larry Jay. MORLINO, Leonardo. *An Overview*. In: *Journal of democracy*, Vol. 15, nº 4, Ed. Johns Hopkins University Press, October 2004, p. 20-31.
- DIDIER JR, Fredie. *Manual de direito processual civil*. Volume 1. Ed. JusPodium. Salvador. 14ª Edição, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*, vol. 2, Capítulo XI, p. 257-263, Ed. JusPodium, Salvador, 2010.
- DINAMARCO, Caio Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo, Ed. Malheiros, 19ª Ed, 2009.
- DWORKIN, Ronald Myles. *The Model of Rules*. Faculty Scholarship Series. Yale Law School. 1967.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4ª Edição, Ed. Trotta, Madrid, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Jueces y política*. In. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. IV (7) Trad. Andrea Greppi. Madrid, 1999, p. 63-79.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Ed. Atlas. São Paulo, 4ª edição, 2003.
- FONSECA, Sandra. *O multiculturalismo e o ativismo jurídico*. *Jurisprudência Mineira*. Ano 62, vol. 199, out./dez. 2011. Belo Horizonte. Págs. 33-35.
- GARTH, Bryant. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, Reimpresso em 2002.
- GOMES, Matheus Barreto. *Precedentes judiciais: legitimação pelo procedimento*. Dissertação, programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia Salvador, 2009.
- HÄBERLE, Peter. *Funciones y Significados de los Tribunales Constitucionales en perspectiva comparada — Y comentario de los 60 años del Tribunal Constitucional*. *Revista Direito Público*, ano IX, nº 48, nov./dez. 2012. Págs. 195-216.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona, Ed. Paidós, 2000.
- HART. Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa, Ed. Fundação Calouste Gulbekian, 1961.



HESSE, Konrad. (1959) *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 6ª Ed. 1999.

LACERDA, Galeno. *Processo e cultura*. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, vol. 3, ano II, p. 74-86, 1961.

LEITE, Gisele. (2012). *Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo: o que há de realmente novo no direito?* Revista Síntese, 113-136.

LOURENÇO, Haroldo. *O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC*. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 415, ano 108, p. 139-168, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela de Direitos*. 3ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo in Curso de Processo Civil, Volume 1*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 4ª edição, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Ed. Saraiva, 7ª Edição, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª Edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012.

MILL, Stuart. (1859). *On Liberty*. Batoche Books. Ontario, Canada. 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Ed. Método. São Paulo, 3ª Edição, 2011.

PORTO, Sérgio. Gilberto. (2012). *Brevíssimas notas sobre a ideia de instrumentalidade constitucional*. Revista Síntese, Ano XII, n. 79, set-out 2012. Págs. 50-55.

RODRIGUES, Douglas Alencar. *Neopositivismo jurídico e neoconstitucionalismo in Revista LTR*, ano 76, nº 11, nov. 2012. São Paulo.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Volume 1. Ed. Saraiva. São Paulo. 27ª Edição, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2012.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades in Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Págs. 113-146. Coord. Daniel Sarmento. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009.

SCHMITTER, Philippe C. KARL, Terry Lynn. *What democracy is... and is not*. In: Journal of democracy, Vol. 2, nº 3, Ed. Johns Hopkins University Press, Summer 1991, p. 75-88.

SHAPIRO, Scott J. *The “Hart-Dworkin” debate: a short guide for the perplexed in Public law and legal theory working paper series*, nº 77, mar. 2007. University of Michigan Law School.

SILVA, Alexandre Garrido da. *Direito, correção normativa e institucionalização da justiça*. In: Revista de Direito do Estado, São Paulo, ano 1, nº 1, p. 331-346, jan./mar. 2006.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo. Ed. Saraiva, 6ª Edição. 2012. Capítulo IV: A constituição e o processo. Págs. 42-60.

TARUFFO, Michelle. *Processo e Cultura*. In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Itália, Ed. Giuffrè, Ano LXIII, nº 1, março/2009, p. 63-92.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo Constitucional*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume 1. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 52ª Edição, 2010.

VELLOSO, Caio Mário da Silva. *Da jurisdição constitucional ou do controle de constitucionalidade*, in: Tratado de Direito Constitucional, Org.: Martins, I.G.S., Mendes. G.F., Nascimento, C.V., vol. 1, São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª Edição, 2012.