

ARTIGOS / ARTICLES



PROCESSO CIVIL E ESTADO CONSTITUCIONAL: O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E AS FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO

CIVIL PROCEEDING AND CONSTITUTIONAL STATE: THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION AND THE METHODOLOGICAL PHASES OF PROCEEDING

ADRIANO RIBEIRO CALDAS*

RESUMO

O objetivo deste trabalho é discutir o papel do processo na realização dos fins do Estado Constitucional contemporâneo. Para tanto, será traçado um breve histórico sobre a evolução do Estado, procurando-se pontuar as influências dos valores culturais reinantes em cada época sobre o sistema jurídico. Será abordada, também, a íntima conexão entre o processo e a proteção dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição, dentre os quais está o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. As fases metodológicas e os modelos de processo civil serão analisados no intuito de avaliar qual dessas fases ou modelos são capazes garantir a oferta da tutela jurisdicional justa, tempestiva e efetiva, como resultado da construção democrática do direito no caso concreto, mediante a participação dialógica dos sujeitos processuais.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to discuss the role of the process in achieving the goals of the contemporary Constitutional State. To this end, it will be outlined a brief history of the evolution of the State, intending to enhance the influences of cultural values prevailing in each period on the legal system. It will be also addressed the intimate connection between the proceeding and the protection of fundamental rights and guarantees provided in the Constitution, among which is the fundamental right to effective judicial protection. The methodological phases and models of civil proceeding will be analyzed in order to assess which of these phases or models are able to ensure the provision of judicial protection fair, in time and effective, as a result of the democratic construction of the lawcase by case, through the dialogical participation of procedural subjects.

* Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. E-mail: adrcaldas@hotmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Constitucional. Direitos fundamentais. Tutela jurisdicional efetiva. Processo civil. Fases metodológicas e modelos.

KEYWORDS: Constitutional State. Fundamental rights. Effective judicial protection. Civil proceeding. Methodological phases and models.

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 – Processo Civil e Estado Constitucional. 3 – Dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. 4 – Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. 5 – Fases metodológicas do processo civil. 6 – Modelos de processo civil. 7 – Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Como manifestação da cultura de um povo, o direito não está infenso às modificações da sociedade e às mudanças que o Estado sofre para adequar-se a estes fins sociais. A supremacia do direito decorre, portanto, da adequação do sistema jurídico aos fatos sociais e aos valores reinantes em um dado contexto sócio-cultural, de onde exsurtem os fenômenos jurídicos. Exatamente por isto, o processo civil, por meio do qual se busca a tutela e a efetividade dos direitos materiais, também deve adequar seu formalismo a tais transformações.

Nesta esteira de pensamento, pensar o processo civil como ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, pressupõe considerar a realidade histórica em que vivemos, sem perder de vista as experiências do passado, mas sempre com os olhos voltados para o futuro.

Para tanto, faz-se necessário um breve estudo sobre a evolução do Estado e de seu papel ao longo da história, a fim de se traçar paralelos com a evolução do direito e da noção de processo, úteis à proposição de um modelo contemporâneo de processo. Esta abordagem será feita no tópico inicial do presente trabalho.

No segundo e terceiro tópicos será abordada a íntima conexão entre o processo e a proteção dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição, procurando-se demonstrar que essa perspectiva constitucional é que veio contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente

técnicas, inserindo-o na realidade política e social. O direito de acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, será apresentado como verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, sem descuidar de suas dimensões ou perspectivas subjetiva e objetiva, o que autoriza o julgador, diante das exigências do caso concreto e com as balizas interpretativas dos princípios e valores constitucionalmente consagrados, a construir (ou reconstruir) a solução para o caso concreto.

O estudo das fases e dos modelos de processo civil, de que se ocupam o quarto e o quinto tópicos, é feito justamente com o intuito de avaliar em que medida a conformação do processo influencia na concretização dos fins constitucionais, sociais e políticos próprios de cada tempo ou realidade histórica, assim como se tentará indicar qual dessas fases ou modelos são capazes de dar conta do desafio contemporâneo de oferta da tutela jurisdicional justa, tempestiva e efetiva, produto da construção democrática e dialógica do direito no caso concreto.

2 PROCESSO CIVIL E ESTADO CONSTITUCIONAL

Embora a noção de limitação de poder tenha raízes históricas mais remotas na Idade Antiga, designadamente na Grécia e em Roma, foi na Idade Média que tal conceito floresceu. Com efeito, a Carta Magna de 1215, na Inglaterra, plasmou não só os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão (liberdades individuais negativas), como marcou o surgimento do Parlamento. Ocorre que no medievo, marcado pela instabilidade política e social, decorrente das invasões bárbaras e do feudalismo, assim como pela concepção teocêntrica das coisas, não houve espaço para concepção de um Estado centralizado, capaz de impor e salvaguardar uma ordem jurídica uniforme (MACEDO, 2005, p. 105).

Com progressivo crescimento do capitalismo, que inaugurou uma nova ordem de relações econômicas no campo do mercantilismo, embora ainda de modo incipiente, foi surgindo a necessidade de afirmação de um Estado centralizado, dissociado da pessoa do governante (soberano), capaz de conferir tratamento neutro e formalmente igual aos indivíduos, tudo visando à garantia

dos interesses econômicos da florescente burguesia. Surge, então, o Estado Moderno que, em sua feição absolutista, foi marcado pela concentração do poder nas mãos do soberano, embora ainda apoiado pela nobreza. Nesta fase, passou-se a consagrar a dicotomia entre o público e o privado. A impessoalidade e a abstração da noção de indivíduo foram marcas deste modelo de Estado e, via de consequência, das instituições jurídicas de então (MACEDO, 2005, p. 105-106).

Com a ascensão da burguesia, detentora do poder econômico e postulante ao poder político após a ruína financeira da nobreza e o enfraquecimento da monarquia, o Estado moderno assume feição liberal, com fundamento no pensamento contratualista de Hobbes, Locke e Rousseau.

Para Hobbes, o Estado era oriundo de um pacto entre os indivíduos que viviam originalmente em um estado da natureza onde imperavam a guerra e o conflito. Em nome da paz e da felicidade comum, tais indivíduos abriram mão de parcela de sua liberdade irrestrita, passando a ser o *Leviatã* o garante da vida em sociedade. O Estado é concebido, portanto, a partir da razão (MACEDO, 2005, p. 107-108).

Segundo Locke, o Estado teria surgido a partir de um consenso de todos os homens, o qual visava à justiça, embora, ao contrário da concepção de Hobbes, já convivessem pacificamente. Por tal motivo, afirma-se que a proposta de Locke voltava-se, muito mais, a apontar a legitimação do poder de julgar (MACEDO, 2005, p. 108).

Rousseau, por seu turno, concebeu sua doutrina do contrato social afirmando que os indivíduos, apesar de não se encontrarem em um estado original de beligerância, deveriam despojar-se de seus direitos em favor da coletividade, substituindo a ideia de uma liberdade primitiva e natural pela de liberdade civil. O indivíduo deveria, pois, no seio da sociedade, curvar-se ao império da lei que a todos igualmente submete, como expressão da vontade geral. Neste sentido, o povo é a fonte da vontade geral, que se instrumentaliza por meio da lei e do Estado (MACEDO, 2005, p. 110-111).

Foi MONTESQUIEU (2005) que, a partir do século XVIII, inspirado em LOCKE (1998), sistematizou, tal como se concebe

atualmente, as diferentes funções estatais, atribuindo-as a órgãos estatais distintos. MONTESQUIEU (2005) defendia a ideia de poder limitado e interdependente. Caberia ao Poder Legislativo a função de legislar, ao Poder Executivo, a função de administrar e ao Poder Judiciário, a função de julgar. Contemporaneamente, a separação dos Poderes fundamenta-se na independência harmônica entre os órgãos do Poder político, a qual decorre de um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). O que caracteriza, contudo, a independência entre os órgãos do Poder político não é a exclusividade no exercício destas funções, mas sim, a predominância no seu desempenho. Ao lado de suas funções típicas, cada Poder exerce funções atípicas, mas de maneira subsidiária.

MACEDO (2005, p. 113) afirma que a partir das teorias acima, percebe-se que o consentimento e o individualismo foram os principais traços do modelo de Estado Liberal, baseado na autonomia da vontade, na propriedade e na liberdade contratual, na limitação da autoridade (decorrente da divisão dos poderes e do sufrágio, embora limitado) e na noção de representatividade dos governos. Este conjunto de premissas passou a ser a marca do que se convencionou chamar de liberalismo, pelo qual se reserva ao Estado apenas um papel negativo, de garantia das liberdades e iniciativas individuais, assumindo um perfil de Estado mínimo.

Sobreleva-se, no Estado Liberal, o papel do Legislativo, a quem compete a imposição de normas de conduta suficientes para o regramento da vida em sociedade. A lei não deve tomar em conta as diferentes posições sociais das pessoas, vez que o fim era conferir tratamento igual aos indivíduos apenas no sentido formal (MARINONI, 2013, p. 33).

Neste contexto, a função reservada ao Poder Judiciário não poderia ser outra senão a de mero acerto de relações jurídicas, em que o papel do juiz resumia-se à atividade declarativa da vontade da lei ou da vontade do legislador. Nasce a figura do juiz *bouche de la loi* (boca da lei), pois de nada adiantaria a lei limitar o poder estatal e garantir a igualdade entre os indivíduos se fosse dado ao juiz julgar conforme sua opinião pessoal. A preocupação com o arbítrio do juiz não só restringiu a função jurisdicional à atividade meramente declaratória como também retirou do Judiciário o

poder de dar força executiva às suas decisões (MARINONI, 2013, p. 34-35).

A figura de um juiz neutro, mero aplicador da lei, que agia em busca da certeza no âmbito de um procedimento ordinário de conhecimento, cujas decisões tinham apenas efeito declarativo e destituídas de força executória ou de império, era o que bastava para salvaguardar as premissas de um Estado Liberal que não se preocupava em promover políticas públicas de redução das desigualdades materiais entre os indivíduos, mas apenas em manter em funcionamento dos mecanismos de mercado (MARINONI, 2013, p. 36).

Ocorre que a realidade do pós-guerra, impôs-se, exigindo do Estado, e bem assim do sistema jurídico, intervenções em relações sociais, políticas e econômicas antes infensas à sua atuação. Passou-se então, no século XX, a uma adaptação do modelo constitucional para a consecução dos fins do Estado Social (*Welfare State*), no qual a figura da sociedade passou a ser a referência, em lugar do indivíduo. Do Estado negativo, passou-se ao Estado positivo, que, embora mantida a separação entre público e privado, formatou-se para atender as exigências da sociedade nas áreas de saúde, educação, moradia, previdência, dentre outras, nas quais a lógica de mercado não se revela suficiente para garantir o bem-estar social (MACEDO, 2005, p. 118).

Adotou-se, pois, a noção de liberdade positiva (material) que substituiu a noção de liberdade negativa (formal) vigente no modelo de Estado Liberal. Valores como os da liberdade contratual e da propriedade individual, corolários da autonomia da vontade, passaram a ser conformados pela noção de função social, submetendo-se os particulares a um dirigismo estatal. Ao contrário do Estado Liberal, em que se sobrelevava o papel do Legislativo, no Estado Social avultou-se a atuação do Executivo, que passou a intervir no mercado como partícipe e não como mero garante da esfera privada (MACEDO, 2005, p. 118).

Ocorre que o Estado Social, a despeito de sua vocação para a consecução do bem-estar coletivo, revelou insuficiências, sobretudo nos países em desenvolvimento (terceiro mundo). Em razão de dificuldades financeiras, muitas de suas promessas no

campo da saúde, da seguridade social e da educação, dentre outros, restaram carentes de efetivação, passando a depender cada vez mais alta arrecadação tributária, que não veio acompanhada do correspondente crescimento econômico. Esta concepção de Estado contribuiu, ao contrário do que observado no Estado Liberal, no qual o papel de destaque era do Legislativo, para uma prevalência do Executivo, a quem competia a promoção das políticas públicas (MACEDO, 2005, p. 119-120).

Com a crise do Estado-providência, passou-se a construir um novo paradigma, qual seja o do Estado Constitucional. Como visto linhas atrás, a ideia de Estado que se firmou com o liberalismo, marcado pela limitação do poder e pela predominância do Legislativo, cedeu espaço para uma segunda feição de Estado, conhecida como Estado Social, caracterizado pelo crescimento do Poder Executivo, na promoção das políticas de bem estar social. Embora em tais conformações de Estado já fosse presente a noção de Constituição, esta era considerada ora como um documento formal destinado exclusivamente a impor limites à atuação estatal, ora como norma de conteúdo meramente programático, destituído de qualquer força normativa.

A noção contemporânea de Estado Constitucional rompe definitivamente com as premissas liberais da modernidade, passando a significar mais do que simplesmente um Estado provido de Constituição. Neste modelo de Estado, o princípio da legalidade dá lugar ao da supremacia da Constituição, a qual, mais do que mero centro de irradiação de força de todo o sistema jurídico, é o fim a ser alcançado pelo ordenamento. O direito constituído por regras é substituído pelo constituído por princípios, rompendo-se com o positivismo típico do Estado Liberal. Por outro lado, a ampla incorporação pela legislação das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados acarretou uma intensificação da atividade criativa dos juízes, vez que a busca do conteúdo destas cláusulas abertas não se dá no nível infraconstitucional, mas sim na Constituição. “O juiz busca na Constituição a coerência para que sua atividade criativa (ou reconstrutiva) seja antes de tudo constitucional” (BOTELHO, 2010, p. 41).

A importância conquistada pelo direito constitucional em relação à conformação da estrutura do Estado e do sistema jurídico mostra-se particularmente sensível no tocante à jurisdição e ao processo. Atualmente, percebe-se a íntima conexão entre o processo e a proteção dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição passa a depender, cada vez em maior grau, da atividade interpretativa e criadora do direito pelos juízes diante do caso concreto. Essa perspectiva constitucional do processo é que veio contribuir para afastar o processo no plano das construções conceituais e meramente técnicas, inserindo-o na realidade política e social (OLIVEIRA, 2006, p. 260). É seguindo esta linha de raciocínio que se passará adiante a cuidar do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

3 DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para uma correta abordagem a respeito do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, torna-se necessário lançar alguns esclarecimentos acerca da dupla dimensão (subjetiva e objetiva) dos direitos fundamentais.

A dimensão ou perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais é aquela referente à possibilidade de o titular de determinado direito fundamental exigi-lo ou de o impor judicialmente perante outrem (Estado ou particular). À noção de direito fundamental subjetivo, subjaz a ideia de uma relação trilateral formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito, assim como o reconhecimento de determinado grau de exigibilidade, sendo este grau variável e dependente da normatividade de cada direito fundamental (SARLET, 2012, p. 143).

De par com a dimensão subjetiva, está a perspectiva objetiva, que pode ser compreendida sob vários aspectos. Em uma das acepções objetivas, quanto ao aspecto axiológico, os direitos fundamentais são encarados como síntese das decisões valorativas e dos fins de determinada comunidade, daí porque afirmar-se que os direitos fundamentais pressupõem o reconhecimento por esta comunidade e são, em certo sentido, direitos transindividuais,

na medida em que refletem um interesse social, desvinculado do interesse estatal. Neste sentido, os direitos fundamentais são reconhecidos como uma “ordem de valores fundamentais objetivos” (SARLET, 2008, p. 874).

Por outro lado, ainda tomada sua faceta objetiva, os direitos fundamentais podem constituir-se, em uma “mais-valia jurídica” (ANDRADE, 2012, p. 134), representando um verdadeiro reforço de juridicidade (eficácia normativa) das normas de direito fundamental, no sentido de que se agrega ao direito fundamental como direito subjetivo de exigir uma prestação estatal, um dever permanente de concretização e realização de tais direitos por parte do Estado. Por tal motivo, SARLET (2008, p. 873) adverte que não se deve tomar a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais apenas como um mero “reverso da medalha” da perspectiva subjetiva, mas como uma função autônoma com conteúdo normativo distinto.

É exatamente nesta dupla dimensão que se colocará, no tópico seguinte do presente estudo, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. De fato, os direitos fundamentais, do ponto de vista subjetivo, são dependentes da organização e do procedimento, ao tempo em que, do ponto de vista objetivo, também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais. Dito de outra maneira, os direitos fundamentais subjetivos não prescindem de normas de procedimento administrativo ou judicial e da criação de estruturas organizatórias aptas à sua concretização, mas, simultaneamente, também servem de parâmetro para a criação, a aplicação e a interpretação destas mesmas normas procedimentais e estruturas organizacionais (SARLET, 2008, p. 882).

4 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, estatui que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desta norma, extrai-se que, se o Estado reclamou para si o monopólio da jurisdição, vedando a autotutela ao particular, surge o dever estatal de prestar tutela jurisdicional idônea aos direitos.

Reservou-se aos particulares o direito de ação, compreendido como o direito ao provimento jurisdicional destinado à tutela de um direito afirmado como violado ou ameaçado pelo autor. O direito de ação compreende o direito ao pronunciamento judicial por meio da sentença, assim como os meios executivos capazes de conferir efetividade ao direito material subjacente à demanda. Importa destacar que o direito de ação não se confunde com direito a uma decisão de mérito ou de procedência do pedido do autor (MARINONI, 2006, p. 216-217). O direito à tutela jurisdicional é, portanto, exercido por meio da ação.

Nada obstante a garantia de acesso à justiça, tal direito passou por substancial evolução interpretativa, de nítido caráter sistemático, passando a ser entendida como direito a uma tutela judicial justa, adequada e eficaz. A correta compreensão do direito à tutela jurisdicional, pois, pressupõe considerá-lo sob as seguintes perspectivas: a) do acesso à justiça; b) da adequação da tutela; e c) da efetividade da tutela (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2013, p. 701-703).

Nesta esteira, ZAVASCKI (2005, p. 65) assevera que:

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também genericamente, de acesso à justiça, o direito à ordem jurídica justa – compreende em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

O acesso à jurisdição diz diretamente com o grau de amplitude/alcance da prestação jurisdicional estatal, bem como ao custo financeiro do processo. A adequação e a efetividade são atributos complementares, na medida em que a tutela jurisdicional somente será efetiva, isto é, capaz de garantir proteção ao direito material, se a técnica processual prevista na legislação for adequada a cada situação de direito substancial colocada à apreciação judicial. Da mesma forma, no plano da aplicação do direito ao caso concreto, caberá ao julgador empregar, dentre as técnicas processuais previstas pela lei, aquela que melhor realize o direito material.

Ora, se a proteção aos direitos materiais (incluídos todos os direitos fundamentais explícita ou implicitamente consagrados

na Constituição), em caso de agressão ou ameaça, sempre está a depender da tutela jurisdicional, é lógica a conclusão pela sua “fundamentalidade” (MARINONI, 2013, p. 150). O direito fundamental à tutela jurisdicional é, portanto, um direito necessário para que se confira proteção a todos os outros direitos.

Firmado que o direito à tutela jurisdicional efetiva constitui autêntico direito fundamental, impende aferir a qual categoria este pertence. Segundo a classificação adotada por SARLET (2012, p. 174), fundada em um critério funcional de distinção, os direitos fundamentais dividem-se em dois grandes grupos: a) direitos fundamentais na condição de direitos de defesa; b) direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). Estes últimos (direitos prestacionais), dividem-se em dois subgrupos, a saber, o dos direitos a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e direitos à participação na organização e no procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais).

Para SARLET (2012, p. 201), o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF) é típico direito prestacional *lato sensu*, cuja fruição não se revela possível ou, ao menos, perde em efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental.

O direito fundamental à tutela jurisdicional não pode ser pensado como direito de defesa, isto é, como direito de natureza negativa, vez que consiste em um direito de exigir uma prestação do Estado. Isto significa que o direito à proteção dos direitos fundamentais tem como corolário o direito à previsão legislativa das técnicas adequadas à efetividade da tutela jurisdicional, as quais não são mais do que respostas do Estado ao seu dever de proteção (MARINONI, 2013, p. 150).

Por outro lado, se é verdade que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é, em certa medida, dependente da organização e do procedimento, também é correto afirmar que pode ser considerado como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos (pelo legislador) e como diretriz para a aplicação e interpretação das normas procedimentais (pelo julgador). Destarte, se ao juiz cabe o dever de proteção dos

direitos fundamentais, levar a sério a dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais pressupõe conferir-lhe poder-dever da adequada interpretação e formatação do processo e dos procedimentos, bem como das técnicas processuais de tutela dos direitos (SARLET, 2012, p. 201).

É exatamente neste sentido que ALEXY (2012, p. 474-477) afirma que os direitos a procedimentos podem ser tanto direitos à criação de determinadas normas procedimentais, tendo como destinatário o legislador, quanto direitos a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais, sendo destinatários, neste caso, os tribunais.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva impõe ao Estado-Legislador o dever de editar normas processuais instituidoras de técnicas processuais capazes de propiciar efetiva proteção aos direitos das partes. Ocorre que, na ausência ou insuficiência de técnicas processuais adequadas, o Estado-Juiz não está livre de seu dever de proteção, devendo interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, extraindo da regra processual a sua máxima potencialidade (MARINONI, 2013, p. 152).

Com efeito, não faz qualquer sentido entender-se que há direito fundamental à tutela jurisdicional se, ante à omissão ou à insuficiência legislativa na instituição de técnicas processuais adequadas, a tutela do direito material pudesse restar comprometida. Neste sentido, MARINONI (2013, p. 153) preleciona:

Se o dever do legislador editar o procedimento idôneo pode ser reputado descumprido diante de determinado caso concreto, o juiz, diante disso, obviamente não perde o seu dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Por tal razão, o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima potencialidade, desde – e isso nem precisaria ser dito – que não seja violado o direito de defesa.

Vale ressaltar, como bem lembrado por MARINONI (2013, p. 152), que a tutela jurisdicional deve ser efetiva não apenas quando se destine à tutela de direitos materiais fundamentais, mas sim, quando em jogo a tutela de qualquer direito material. Assim,

tanto o legislador deve instituir técnicas processuais adequadas, quanto o julgador deve interpretar e aplicar a legislação processual, sempre visando à efetividade da tutela de qualquer situação de direito substancial. Frise-se que, mesmo nas hipóteses em que o juiz não decida sobre direito fundamental, o seu agir deve observância ao direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional. Neste ponto, cumpre mencionar o posicionamento de BOTELHO (2010, p. 135-137), para quem a expressão “direito ao processo qualificado” é mais consentânea com a fase metodológica atualmente vivenciada pelo processo civil. Segundo o referido autor, sua opção terminológica decorre da necessidade de enfatizar o processo como polo metodológico do pensamento contemporâneo e de afastar os “vícios pré-conceituais já formados sobre aquela denominação” (BOTELHO, 2010, p. 135).

Para BOTELHO (2010, p. 135-137), a expressão tutela jurisdicional é comumente empregada para designar o resultado da atividade jurisdicional, isto é, o provimento ofertado às partes pelo Judiciário no curso ou no final de um processo. Dessa forma, o conceito de processo qualificado seria mais abrangente, abarcando não só o resultado da atividade jurisdicional, mas todos os atos e meios preordenados a este fim, dando-se destaque não só à figura do juiz, mas também à de todas as partes (em sentido amplo).

Por outro lado, BOTELHO (2010, p. 135-137) evita falar em efetividade pelo fato de que tal expressão tem sido empregada com acepções variadas, conforme o pensamento de cada doutrinador, o que dificultaria a boa compreensão. Ademais, falar-se em processo qualificado tornaria despicienda qualquer referência à efetividade, vez que, se tempestivo, justo e adequado, o processo será sempre efetivo, isto é, “terá sempre êxito em seu fito de transformar com eficiência o plano social” (BOTELHO, 2005, p. 135). Nesta esteira, haveria um direito fundamental ao processo qualificado como garantia prometida pelo Estado Constitucional, não apenas quanto aos resultados do processo, como também quanto aos meios para uma eficaz proteção dos direitos.

A par da opção terminológica acima, preferimos nos apegar à expressão tutela jurisdicional efetiva, porque consagrada na doutrina nacional, sem qualquer prejuízo à sua consideração como verdadeiro direito fundamental.

5 FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL

Firmado que o direito à tutela jurisdicional efetiva (ou ao processo qualificado) é um direito fundamental (em suas dimensões objetiva e subjetiva), passa-se a analisar a evolução das concepções acerca do processo, a fim de definir-se qual delas afigura-se mais consentânea com a concretização deste direito fundamental.

O direito, como resposta aos problemas e experiências decorrentes da vida em sociedade, deve estar acorde com a cultura de um determinado tempo e de um dado povo. Assim também, o processo deve conformar-se sob tais parâmetros, devendo-se evitar as importações acríticas de modelos entre comunidades com vivências distintas. Sobre o tema, cabe invocar as palavras de JOBIM (2011, p. 35):

Assim, é de se concluir que numa determinada sociedade existe uma cultura predominante, muitas vezes inalcançável por inferências de outras comunidades. É muito difícil projetar numa sociedade uma idealização que permeia noutra, razão pela qual cada uma deve buscar a sua identidade dentro de seus ideais culturais. O que pode, e o que deve acontecer, é a troca de informações entre as sociedades sob as diversas formas culturais existentes e que, a partir destas trocas, elas sejam a condição de possibilidade de modificação cultural de uma delas para sua melhoria, o que, inclusive, tem nome próprio, chamando-se o fenômeno de aculturação.

A advertência acima serve para provocar a reflexão acerca da adequação do Direito e do processo a questões da pós-modernidade, como por exemplo, a globalização e a crescente integração entre os conceitos de estado e de sociedade civil (MACEDO, 2005, p. 124).

Assim, com vistas a apontar um paradigma de processo adequado às exigências do terceiro milênio, cumpre traçar, considerados os limites do presente estudo, um breve histórico acerca das fases metodológicas do processo.

MITIDIERO (2005, p. 16-39), na tentativa de organizar em grandes linhas as tendências do processo civil ao longo da história, destaca três modelos processuais, a saber: praxismo, processualismo e formalismo-valorativo.

O praxismo, segundo MITIDIERO (2005, p. 17) corresponde à pré-história do processo civil, remontando ao processo civil romano, ao canônico e ao germânico bárbaro. A postura metodológica que marcava este período era o sincretismo entre direito material e direito processual, sendo este último nominado de direito adjetivo, mero anexo do direito material. Nesta fase, o processo era visto apenas como praxe judiciária e confundido com o mero procedimento, isto é, como uma sucessão de atos destinada à resolução de um problema concreto e à consecução do justo (o bom, o virtuoso). A jurisdição, por seu turno, era entendida como um sistema destinado à tutela de direitos subjetivos particulares, sendo a ação apenas um desdobramento deste direito subjetivo, isto é, “consistia no próprio direito material entrando em guerra para combater por sua existência” (PORTO; PORTO, 2013, p. 18).

A fase processualista sucedeu o praxismo e decorreu de um esforço dos estudiosos em expurgar do processo todo e qualquer resíduo de direito material, na tentativa de afirmar o cientificismo e a autonomia da disciplina processual. Retirou-se, do plano do processo, o problema da justiça, substituindo-o pelo problema da norma jurídica, em obediência a uma racionalidade teórica do tipo positivo. O processo acabou indiferente aos valores, destinando-se, apenas, à descoberta da vontade da lei, vez que, se o direito era tão-só a norma, somente haveria uma interpretação verdadeira (MITIDIERO, 2005, p. 18-19).

O processualismo, conforme assevera MITIDIERO (2011, p. 35-36), nasce com o conceito de relação jurídica processual, que ganhou vida na obra de Oscar Bülow, sendo este o objeto da ciência processual. Esta concepção do processo como ciência e a preocupação com a conceituação dos institutos processuais, sem maiores preocupações com o direito material subjacente e norteadas por ideais de abstração e neutralidade, atende ao paradigma então vigente, qual seja, o clima científico e o paradigma racionalista que dominou a modernidade. Os esforços dos juristas, portanto, eram todos orientados à formação e afirmação das bases e conceitos de uma nova ciência processual, razão por que também se denomina esta fase de cientificismo, conceitualismo ou autonomismo. A ação era colocada como o polo metodológico do direito processual e

a afirmação de seu caráter abstrato “representava o mais elevado grau da proclamação da autonomia processual” (PORTO; PORTO, 2013, p. 19).

A superação da fase processualista é atribuída, no Brasil, à chegada de Liebman, que trouxe suas experiências da Europa e iniciou uma nova forma de pensar o direito processual, culminando com a fase instrumentalista, tendo sido esta forma de pensar o direito processual a consagrada pelo Código Civil de 1973 e aquela que, até os dias atuais, é a mais difundida em solo nacional (JOBIM, 2011, p. 89).

O instrumentalismo foi definido por Cândido Rangel Dinamarco, um de seus principais expoentes, como a fase metodológica em que o processo passou a ser encarado como um instrumento à disposição do direito material, devendo estar, como tal, sintonizado com as necessidades e valores sociais e políticos de seu tempo (MITIDIERO, 2011, p. 38). Em suas palavras (DINAMARCO, 2001, p. 22-23):

A perspectiva instrumentalista do processo assume o processo civil como um sistema que tem escopos sociais, políticos e jurídicos a alcançar, rompendo com a ideia de que o processo deve ser encarado apenas pelo seu ângulo interno. Em termos sociais, o processo serve para persecução da paz social e para a educação do povo; no campo político, o processo afirma-se como um espaço para a afirmação da autoridade do Estado, da liberdade dos cidadãos e para a participação dos atores sociais; no âmbito jurídico, finalmente, ao processo confia-se a missão de concretizar a “vontade concreta do direito”.

Como decorrência dessa postura ativa, a figura do julgador sobreleva-se em relação aos demais atores processuais e a jurisdição, como manifestação do poder Estatal para a consecução de seus próprios fins, passa a ocupar o papel central na teoria do processo. Abandona-se a ação como polo metodológico, porquanto denotativa de uma postura individualista reinante na fase praxista ou sincrética, mas não se vislumbra o processo como polo atrativo dos demais institutos processuais, porque marcadamente formal e incapaz de ser fonte substancial de ideias, princípios e valores (MITIDIERO, 2011, p. 39-40).

Sob a ótica instrumentalista, o processo “vale não pelo que é, mas pelos resultados que é capaz de produzir” (PORTO; PORTO, 2013, p. 19). O processo deve desenvolver-se, pois, visando a propiciar tudo aquilo e precisamente aquilo a que a parte tem direito, o que, na dicção de DINAMARCO (2009, p. 111), consiste em um “processo civil de resultados”. Em outras palavras, esta concepção do processo não reconhece as formas como impregnadas de quaisquer valores, cabendo à figura do julgador, na condição de intérprete, promover a pacificação social segundo critérios de justiça forjados pelo seu raciocínio particular, extraído de fontes materiais ilimitadas (dentre as quais, a Constituição), trazendo insegurança ao jurisdicionado (JOBIM, 2011, p. 94-95).

Aí residiria, segundo JOBIM (2011, p. 94), a armadilha em que a fase instrumentalista caiu, a exemplo do que aconteceu com a concepção processualista, ao encarar o processo como mera aplicação da técnica. Ao trabalhar com a ideia de escopos sociais, políticos e jurídicos, o instrumentalismo, embora pretendesse abrir-se à possibilidade futura de releituras sob a ótica dos direitos fundamentais (pós-instrumentalismo ou neoinstrumentalismo), enfraquece a própria ideia de processo e de jurisdição. Ao escoimar o espoco jurídico-processual de valores, relegando toda carga axiológica aos planos social e político, o instrumentalismo persiste na noção de processo como mera técnica, cuja condução submetesse ao amplo poder discricionário de cada juiz, que estará livre para julgar conforme seu entendimento particular acerca de determinado fato ou realidade social.

Embora não se possa negar que a fase instrumentalista também defenda respeito à Constituição, ao propalar a existência de um direito processual constitucional (e, reciprocamente, de um direito constitucional processual), bem que tenha promovido a abertura do processo por meio de seus escopos, há de se questionar a colocação da jurisdição no centro da teoria do direito processual civil. A persistência nessa postura revela um compromisso com a visão unilateral do fenômeno processual, amesquinhando a dimensão participativa e democrática que alcançou a teoria do direito constitucional (MITIDIERO, 2011, p. 48).

Para MITIDIERO (2011, p. 48-49), a consideração do processo como polo metodológico da teoria do processo civil

responde à altura ao paradigma contemporâneo do direito, na medida em que põe em destaque a necessidade de participação argumentativa de todos aqueles que tomam parte no feito. Em suas palavras, “a passagem da jurisdição ao processo corresponde, em termos de lógica jurídica, à passagem da lógica apodítica à lógica dialética: do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário” (MITIDIERO, 2011, p. 49). Como produto da democracia, o processo deve constituir-se em um espaço para o exercício direto do poder popular, isto é, “como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais” (MITIDIERO, 2011, p. 50).

O pensamento acima conduz à afirmação de que se instaurou uma quarta fase metodológica no processo civil brasileiro, a do formalismo-valorativo. O processo concebido sob a ótica do formalismo-valorativo é aquele que encerra, em sua estrutura íntima, formas impregnadas de valores da justiça, da igualdade, da participação leal, da segurança e da efetividade. Isto é resultado de uma maior aproximação do direito processual com o direito material, designadamente com o direito constitucional. Assim é insuficiente o entendimento de que o processo é instrumento do direito material, devendo ser encarado como um “momento constitutivo desse, sendo a atividade jurisdicional sempre e em alguma medida, criativa da normatividade estatal” (MITIDIERO, 2005, p. 72-73). O processo recebe o direito material *in status assertionis* e “devolve direito material, mas aí já tocado pela atividade jurisdicional, o que lhe outorga outra dignidade perante a ordem jurídica” (MITIDIERO, 2005, p. 70-71). Neste sentido OLIVEIRA (2003 apud MITIDIERO, 2005, p. 70) assevera:

[...] o direito material constitui a matéria-prima com que irá trabalhar o juiz, mas sob uma luz necessariamente diversa. O resultado desse trabalho, que é a tutela jurisdicional, refletida eficácia da sentença, já não apresenta o direito material em estado puro, mas transformado, em outro nível qualitativo. O provimento jurisdicional, embora certamente se apoie no direito material, apresenta outra força, outra eficácia, e com aquele não se confunde, porque, além de constituir resultado do trabalho de reconstrução e porque, além de constituir resultado do trabalho de reconstrução e até de criação por parte do órgão judicial, exhibe o selo da autoridade estatal, proferida a decisão com garantias do devido processo legal.

Destarte, para a corrente do formalismo-valorativo, as relações entre o direito material e direito processual não se dão em termos de instrumentalidade, mas de essencialidade. Esta essencialidade não se pode confundir com absoluta integração ontológica entre ambos (própria da fase imanentista/praxista), mas significa que ambos os planos estão jungidos e direcionados à consecução dos valores constitucionais. Não existe, pois, qualquer diferença qualitativa entre processo e direito material do ponto de vista axiológico, mas apenas a constatação de que o direito material somente se concretiza no âmbito do processo (MITIDIERO, 2005, p. 72-73).

Comungando deste entendimento (embora não se possa identificar em sua obra compromisso específico e exclusivo com a corrente do formalismo-valorativo), MACEDO (2005, p. 280) preconiza a necessidade de “sepultar, definitivamente, o processo como mero instrumento da jurisdição, reconhecendo-o como um espaço jurídico de construção do direito do caso concreto, provocando uma viragem da jurisdição”.

Em paralelo ao formalismo-valorativo, o neoprocessualismo também propala a superação do instrumentalismo. Como expoentes do neoprocessualismo, pode-se mencionar DIDIER (2013a, p. 29-32) e CAMBI (2011, p. 211-225) para quem o processo civil deve estar voltado à concreção dos valores constitucionais protegidos e dos direitos fundamentais, pautando-se pelo reforço aos aspectos éticos. A opção pelo termo neoprocessualismo é meramente terminológica e didática, porquanto remete ao neoconstitucionalismo, aproveitando-se todas as premissas metodológicas já construídas e bastante difundidas esta corrente de pensamento (DIDIER, 2013a, p. 29-32).

Embora não haja, em essência, diferença entre o formalismo-valorativo e o neoprocessualismo, JOBIM (2011, p. 100) vislumbra algumas peculiaridades a distinguir ambas as linhas de pensamento. Com efeito, o formalismo-valorativo aponta a efetividade e a segurança jurídica como paradigmas interpretativos do processo civil, o que não acontece com os cognominados neoprocessualistas, que não dão destaque a princípios específicos.

Há, contudo, questionamentos que podem ser lançados contra o reconhecimento de uma nova fase metodológica no

processo civil brasileiro. PORTO e PORTO (2013, p. 20-22) entendem que esta compreensão do processo como método de realização da justiça material no caso concreto, pautada pelos valores constitucionais, não pode ser genuinamente definida como uma fase autônoma do processo. De fato, não seria o processo que estabeleceria a “mais-valia constitucional” (PORTO; PORTO, 2013, p. 21), vez que, a partir do movimento de constitucionalização do direito, toda a ordem jurídica passou por uma releitura, daí porque o processo civil continuaria a ser um instrumento de realização do direito material.

Assim, em que pese, a necessidade de superar a visão do processo como simples meio de atuação da vontade concreta da lei, seria suficiente, a par de se conceber uma verdadeira fase metodológica, uma nova compreensão da própria instrumentalidade, ou seja, a defesa de um “instrumentalismo com escopo constitucional” ou de uma “instrumentalidade constitucional” (PORTO; PORTO, 2013, p. 21).

JOBIM (2011, p. 103-113), por seu turno, adota uma postura cética em relação esforço de enunciar-se uma nova fase metodológica do processo civil brasileiro. Afirma, o referido autor, que as teorias gestadas nas academias, como em laboratórios, não costumam coadunar-se com a realidade prática, com o dia a dia forense. Esta dissociação entre teoria e prática revela-se sobremodo mais grave quando se tem presente a realidade atual, na qual o Judiciário é instado a se pronunciar e a apresentar soluções para os mais variados temas e questões afetas ao campo político. Sobre este pano de fundo, as teorias acerca da jurisdição e do processo parecem continuar a apoiar-se na figura do juiz “solipsista” (STRECK, 2013, p. 60) e na concepção de interpretação como “ato de vontade do juiz” (STRECK, 2013, p. 67). Em outros termos, “mesmo que se afirme que a Constituição é o norte da interpretação, doutrina e jurisprudência ainda insistem na tese de que o ‘produto’ desse processo hermenêutico ‘deve ficar a cargo da convicção-do-juiz’, fenômeno que aparece sob o álibi da discricionariedade” (STRECK, 2013, p. 47).

Assim, JOBIM (2011, p. 103-113) conclui reconhecendo que o instrumentalismo, o formalismo-valorativo e o neoprocessualismo

têm seu foco na Constituição, mas tais concepções acerca do processo não parecem dar conta do momento atual que se vivencia nas relações sociais, políticas e econômicas. Em outros termos, embora neoconstitucionalistas, estas teorias não conseguem distinguir, entre os princípios processuais, aquele que “dialoga com a pós-modernidade, a globalização e o hiperconsumismo” (JOBIM, 2011, p. 110), a saber, o princípio da duração razoável do processo, insculpido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal¹. A marca ou vetor da contemporaneidade é a velocidade e qualquer doutrina ou teoria que dela não se ocupar, não será capaz de resolver os problemas dos jurisdicionados e da sociedade.

6 MODELOS DE PROCESSO CIVIL

Assim como as fases metodológicas do processo variam conforme a cultura de um povo ou de um tempo, os modelos de processo civil variam de acordo com a concepção histórico-cultural acerca do princípio do devido processo legal, que, no caso brasileiro, tem estatura constitucional². A doutrina costuma apontar os modelos adversarial, inquisitorial e, mais recentemente, cooperativo, embora se admita que tal divisão tenha função primordialmente didática, vez que o legislador costuma fazer mixagens entre os modelos, conforme varie o tema ou a fase processual (DIDIER, 2013b, p. 208).

A conformação do processo, segundo estes diferentes modelos, varia de acordo com a maneira como se distribuem as funções a serem exercidas pelos sujeitos processuais. DIDIER (2013b, p. 207) assevera que os modelos adversarial e inquisitorial são influenciados pelo iluminismo. A diferença entre ambos reside na preponderância, no modelo adversarial, do princípio dispositivo e, no modelo inquisitorial, do princípio dispositivo. Neste ponto,

1 “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

2 Art. 5º, LIV, CF – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

DIDIER (2013b, p. 208) adverte que a expressão princípio não está empregada no sentido de espécie normativa, mas sim de fundamento ou de orientação preponderante.

A dicotomia apontada entre os princípios inquisitivo e dispositivo decorre do maior ou menor grau de poder que o legislador atribui ao magistrado na condução do processo. Assim, haverá inquisitividade quanto mais independente a atividade do julgador for em relação à atuação/participação das partes. Ao revés, o traço de dispositividade sobressairá quando o trabalho das partes for relevante para o resultado do processo. Dito isso, tem-se que, no modelo adversarial, as partes assumem uma postura de competição ou disputa diante de um órgão jurisdicional passivo, cuja função é meramente a de decidir o conflito. No modelo inquisitivo, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelo julgador, que assume posição de protagonismo no processo (DIDIER, 2013b, p. 209).

Como afirmado acima, não se pode identificar sistemas jurídico-processuais puramente adversariais ou inquisitoriais. Segundo DIDIER (2013b, p. 210), é equívoca a tentativa de associar-se determinado modelo ao sistema da *common law* ou da *civil law*, dado que as crescentes influências recíprocas entre tais tradições têm dificultado, cada vez mais, a diferenciação entre tais sistemas. É também imprecisa a associação do modelo inquisitorial aos regimes políticos totalitários e do modelo adversarial aos regimes democráticos, não se identificando relação direta entre o aumento dos poderes do juiz e modelos autocráticos, bem como incremento do papel das partes e os regimes democráticos.

Assim também, no Brasil, mais prudente é falar-se apenas em predominância de um ou outro modelo ou princípio, conforme o tema ou fase processual de que se trata. DIDIER (2013b, p. 209) exemplifica afirmando, de acordo com o Código de Processo Civil brasileiro, a instauração do processo e a fixação do objeto litigioso é tarefa, em regra, reservada às partes (arts. 128, 263 e 460, do CPC), enquanto a investigação probatória admite a atuação *ex officio* do juiz (art. 130, do CPC).

MITIDIERO (2011, p. 18) aborda a questão valendo-se de nomenclatura um tanto diversa, embora também identifique três

perfis de organização do processo, quais sejam, o isonômico, o assimétrico e o cooperativo. Com efeito, para este autor os modelos de divisão do trabalho entre os atores processuais também seria resultado das condicionantes culturais (espaço e tempo).

O processo isonômico tem como pressuposto certa indistinção entre indivíduo, sociedade civil e Estado. As partes figuram em posição de paridade em relação ao julgador e têm o ônus da busca da verdade, entendida esta como o objetivo precípua do processo. A dialética assume papel central na resolução das questões jurídicas e o contraditório é o mecanismo pelo qual o diálogo judicial se torna possível (MITIDIERO, 2011, p. 19). Esta fase é característica do medievo, “podendo-se afirmar, grosso modo, que se operou uma privatização do processo, no sentido de tornar domínio não mais do poder público, mas do direito privado” (MACEDO, 2005, p. 195).

O processo assimétrico, ao contrário, decorre da ideia de uma total separação entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado. O juiz passa a ocupar posição de destaque no processo, como conseqüência da noção de que o Estado é um ente superior ao seu povo, paradigma cultural então vigente. O Estado apropria-se do direito, passando a ser sua única fonte de emanção, e reclama para si o monopólio da jurisdição como forma de tornar segura e certa a relação do direito posto. O contraditório é concebido do ponto de vista formal, isto é como mera bilateralidade de instâncias e a busca da verdade passa a ser encargo precípua do Estado, por meio de um Judiciário que conduz ativamente (preside) o processo. A conduta das partes é aquilatada sob a perspectiva da boa-fé subjetiva (MITIDIERO, 2011, p. 113). O racionalismo é o traço característico deste modelo, pelo que “destaca-se a certeza, como meta a orientar a produção jurídica como um todo e, mais precisamente, a atividade judicial, fazendo-se valer da razão como procedimento instrumental” (MACEDO, 2005, p. 200).

Já o processo cooperativo decorre da ideia de que o Estado tem o dever de propiciar condições para que a organização da sociedade seja fundada no respeito à dignidade da pessoa humana. Com efeito, a par da fundamentação filosófica da dignidade da pessoa humana, constata-se que esta passou a integrar o direito

positivo, pelo que é lícito qualifica-la como norma jurídica fundamental de nossa ordem jurídica constitucional, tanto em sentido formal, quanto material, dotada de plena eficácia. Disto decorre que, em razão de sua condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor estruturante não só dos direitos fundamentais, mas também de toda a ordem jurídica. Neste ponto, lúcido é o ensinamento de SARLET (2013, p. 15-17), para quem o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio em nada reduz sua magnitude como valor fundamental que confere unidade de sentido a toda a ordem jurídica.

Tendo por base o respeito ao valor fundamental da dignidade da pessoa humana, o processo cooperativo é conformado para propiciar a atuação coordenada entre indivíduo, sociedade civil e Estado. Justamente por conta deste imperativo de coordenação e de colaboração entre os sujeitos processuais, o contraditório, observado apenas formalmente no processo assimétrico, acaba por assumir posição de relevo no processo cooperativo. Para OLIVEIRA (2010, p. 159), “o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques”.

Afirma-se, pois, que, no processo cooperativo, o juiz assume dupla função, isto é, assume posição de igualdade no diálogo com as partes, mas mantém posição assimétrica quando da decisão. Isto significa que, embora a decisão quanto às questões processuais e materiais da causa fiquem a cargo da palavra final do Estado-juiz, dada a imperatividade inerente à jurisdição, a condução do processo deve ser feita de maneira dialogal, colhendo-se a impressão das partes quanto aos rumos que deve tomar o processo, permitindo-lhes que influam ativamente na construção da decisão judicial. O contraditório, assim, refere-se não só às partes, mas também é imperativo a ser observado (e vivenciado) pelo julgador. A colaboração entre os sujeitos processuais por meio do diálogo é fator de legitimação do processo civil no Estado Constitucional. Esta dupla função do juiz no processo cooperativo é justamente o que o diferencia do processo isonômico, no qual a atuação judicial

é a todo tempo em pé de igualdade com as partes (MITIDIERO, 2011, p. 114).

DIDIER (2013b, p. 216-217) chega a afirmar a existência do princípio da cooperação, cuja eficácia normativa é direta, não dependendo da existência de regras jurídicas expressas para a sua concreção. Dessarte, se não existe, por exemplo, regra legal que impute ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com seu comportamento na condução do processo, salvaguardando as partes contra um *venire contra factum proprium* do julgador, o princípio da cooperação incide diretamente sobre a situação concreta, agindo como o meio necessário à obtenção do fim almejado, qual seja, o processo cooperativo.

7 CONCLUSÃO

O direito é um produto da cultura e, como tal, introjeta e reflete os valores éticos, morais e históricos de uma dada comunidade. Dessa maneira, o processo, como espaço democrático para a criação judicial do direito, deve conformar-se por meio de técnicas e estruturas adequadas à concreção dos direitos fundamentais e dos valores constitucionalmente consagrados. É justamente da ciência processual o papel de identificar estas correntes culturais, no intuito de construir um processo adequado às tais conjunturas.

O Estado Constitucional contemporâneo deve ser entendido não apenas como aquele organizado a partir de um texto constitucional, mas sim como um Estado em que o poder é limitado por meio do direito e em que os direitos fundamentais (negativos e positivos) são protegidos e promovidos pela Constituição, em face de qualquer excesso ou proteção insuficiente, sejam estes decorrentes de uma conduta estatal ou oriunda do âmbito privado.

Dentre os direitos fundamentais a serem salvaguardados pelo Estado Constitucional está o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (ou ao processo qualificado), entendido, em sua dimensão subjetiva, como o direito do titular de um direito material lesado (que também pode ser fundamental) de exigir a proteção adequada a este direito, e, sem sua perspectiva objetiva, como o paradigma de interpretação ou de criação das estruturas normativas

e organizacionais existentes, inexistentes ou insuficientes.

Esta noção de Estado Constitucional conduz a uma expansão do espaço jurisdicional, que passa a ser conformado segundo os princípios diretamente decorrentes da Constituição, prescindindo-se de expressa autorização legislativa infraconstitucional para a concretização dos direitos fundamentais. Este modo de pensar é fruto do reconhecimento da eficácia normativa da Constituição.

Diante deste novo paradigma é de se concluir que as fases do praxismo e do processualismo não foram capazes de pensar o processo como espaço adequado de garantia e de promoção dos direitos fundamentais. A primeira, porque inexistente a ideia de autonomia do direito processual, sendo o processo encarado como mero procedimento ou praxe judiciária. A segunda, tendo como premissas o purismo da ciência processual e a abstração do conceito de ação, por que concebeu o processo como técnica imune a valores, destinando-se, apenas, à descoberta da vontade da lei, vez que, se o direito era tão-só a norma, somente haveria uma interpretação verdadeira.

Em seguida, na fase instrumentalista, o processo passou a ser considerado como um instrumento à disposição do direito material, voltado à consecução de escopos sociais, políticos e jurídicos. Em virtude disso, embora pretendesse abrir-se à possibilidade futura de releituras sob a ótica dos direitos fundamentais, o instrumentalismo enfraquece a própria ideia de processo ao escoimar o espoco jurídico-processual de valores, relegando toda carga axiológica aos planos social e político. Nesta fase, a figura do julgador sobreleva-se em relação aos demais atores processuais e a jurisdição, como manifestação do poder Estatal para a consecução de seus próprios fins, passa a ocupar o papel central na teoria do processo. O equívoco desta concepção está em amesquinhar a dimensão participativa e democrática que alcançou a teoria do direito constitucional.

Afigura-se, pois, mais consentânea com o paradigma do Estado Constitucional, a fase do formalismo-valorativo ou do neoprocessualismo. Embora estas expressões encerrem algumas diferenças de pensamento entre os seus cultores, ambas podem ser agrupadas por colocarem o processo como polo metodológico da ciência processual em lugar da jurisdição, dando destaque à

necessidade de participação argumentativa de todos aqueles que tomam parte no feito. Esta a passagem da jurisdição ao processo corresponde ao abandono do monólogo jurisdicional e a abertura do diálogo judiciário.

Nesta esteira, o processo deixa de ser simples instrumento do direito material e passa a entendido como momento constitutivo deste. Em outras palavras, as relações entre o direito material e direito processual não se dão em termos de instrumentalidade, mas de essencialidade, não se vislumbrando qualquer diferença qualitativa entre processo e direito material do ponto de vista axiológico, mas apenas a constatação de que o direito material somente se concretiza no âmbito do processo.

Reconhecida, portanto, esta relação de essencialidade entre direito material e processo, notadamente quando em jogo a necessidade de concreção dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que o processo cooperativo é o modelo adequado ao paradigma neoconstitucionalista. Neste modelo, o juiz assume dupla função, isto é, assume posição de igualdade no diálogo com as partes, mas mantém posição assimétrica quando da decisão. Isto significa que, embora a decisão quanto às questões processuais e materiais da causa fiquem a cargo da palavra final do Estado-juiz, dada a imperatividade inerente à jurisdição, a condução do processo deve ser feita de maneira dialogal, colhendo-se a impressão das partes quanto aos rumos que deve tomar o processo, permitindo-lhes que influam ativamente na construção da decisão judicial. O contraditório, assim, refere-se não só às partes, mas também é imperativo a ser observado (e vivenciado) pelo julgador. A colaboração entre os sujeitos processuais por meio do diálogo é justamente o fator de legitimação do processo civil no Estado Constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. 2. tir. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ANDRADE, J. C. V. de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

BOTELHO, G. **Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 15. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2013a, v. 1.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JR, F.; LEVY, W.; NALINI, J. R.; RAMOS, G. G. (Coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013b.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.

JOBIM, M. F. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LOCKE, J. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACEDO, E. H. **Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MARINONI, L. G. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006. v. 1.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I. W. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, D. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 14).

MONTESQUIEU, C. de S. **O Espírito das leis.** Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OLIVEIRA, C. A. A. de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: SARLET, I. W. (Org.). **Jurisdição e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, v. 1, tomo II, p. 251-263.

_____. **Do formalismo do no processo civil:** proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTO, S. G.; PORTO, G. A. **Lições sobre teorias do processo:** civil e constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, I. W. Os direitos fundamentais e sua dimensão organizatória. In: JOBIM, E.; MARTINS, I. G. S. (Coords.). **O processo na constituição.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____ (org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, L. L. **O que é isto – decido conforme minha consciência.** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. v. 1.

ZAVASCKI, T. A. **Antecipação da tutela.** 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

Recebido em 28/07/2014.

Aprovado em 28/08/2014.

