ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

O PROCESSO CIVIL NO ESTADO CONSTITUCIONAL E O FENÔMENO DA "COMMONLAWLIZAÇÃO" DO DIREITO BRASILEIRO

THE CIVIL PROCEDURE IN THE CONSTITUTIONAL STATE AND THE PHENOMENON OF THE "COMMONLAWLIZATION" OF THE BRAZILIAN LAW

Juan Pablo Couto de Carvalho*

RESUMO: O presente ensaio parte das profundas mudanças pelas quais vem passando o processo civil brasileiro, por nítida influência do Estado Constitucional. Mudanças estas que encetaram a metamorfose de um processo, até bem pouco tempo marcadamente individualista, de tradição romano-canônica, num processo marcadamente objetivo e jurisprudencial, próprio do common law anglo-americano, com nítida aproximação ao modelo do stare decisis que representa, em linhas gerais, a possibilidade jurídica de que o juízo futuro se declare vinculado a decisão anterior, em face da identidade de casos.
Palavras-chave: Relações entre o Processo e a Constituição. Estado Constitucional. Constitucionalização do Processo. Stare decisis. Defesa da Ordem Jurídica Objetiva.

ABSTRACT: This essay departs from the profound changes that the Brazilian Civil Procedure has been facing by a clear influence of the constitutional state. Changes which began the metamorphosis of a process, until recently, strongly individualistic, Roman-canonical tradition in a remarkably objective and judicial process, typical of the Anglo-American common law, with a clear approach to "the stare decisis model" which represents in general terms the legal possibility that the future judgment is bound to declare the previous decision, given the identity of cases.
Keywords: Relations between the Process and the Constitution. Constitutional State. Constitutionalization of the process. Stare decisis. Defense of the objective legal order.

* Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar – UnP. Professor da Universidade Potiguar – UnP. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito e em Processo do Trabalho da Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 21ª Região – ESMAT 21. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Email: jcoutodecarvalho@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

A iniciativa de produzir o presente estudo se deve ao ímpeto de investigar as bases da revolução copernicana por que vem passando o direito processual civil, por força do advento do Estado Constitucional[1].

A reflexão que se pretende encetar decorre também da inquietação provocada pela leitura de obras jurídicas, modificações legislativas e manifestações jurisprudenciais, todas não remotas, que proclamam uma virada de cento e oitenta graus na compreensão do papel da jurisdição estatal, a partir da necessidade de cumprir a "promessa" fundamental de prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

O embasamento teórico da pesquisa tem seu ponto de partida nos estudos encetados por tradicionais e novos juristas, que se têm destacado pelo aprofundamento das relações entre o processo e a Constituição, por exemplo, JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, CANDIDO RANGEL DINAMARCO, IVO DANTAS, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, GILMAR FERREIRA MENDES, LUIZ GUILHERME MARINONI, DANIEL MITIDIERO, HERMEZ ZANETI JUNIOR, FREDIE DIDIER JUNIOR, entre outros, e tem como foco crucial o estudo das relações entre o processo e a Constituição e, em última razão, a apuração científica de como a nova visão do direito processual constitucional determinou a superação dos paradigmas do processo civil liberal-burguês, de modo a transmutar um processo técnico, individual, asséptico e privado, em processo compreendido como um fenômeno de poder, social e coletivo.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Não é novidade a influência que exerce o Direito Constitucional sobre os outros ramos do direito. Afinal, a partir da consagração do constitucionalismo, a Constituição passou a representar o centro do sistema

1 O Estado Constitucional, em termos de teoria do direito, pode ser reconduzido, segundo a conhecida proposta de Zagrebelsky, ao direito "mitte" – maleável, moldável, dúctil, líquido. O direito deixa de ser apenas um elemento pré-dado pelo legislador a que cabe o juiz tão-somente declarar numa atividade mecânica para ser compreendido como um problema que deve ser resolvido pelas partes e pelo juiz, em diálogo, a fim de que se encontre a solução mais justa para o caso concreto. Passa-se a empregar, na ciência jurídica, uma racionalidade prática em detrimento de uma racionalidade puramente teórica (Cf. MITIDIERO, 2007, p. 62).

jurídico, o tronco comum do qual os vários ramos do direito partem, e no qual encontram seu fundamento de validade, eficácia e existência.

Contudo, a dimensão conquistada pelo direito constitucional, em relação a todos os ramos do direito e na própria hermenêutica jurídica, mostra-se particularmente intensa no que diz respeito ao processo, principalmente porque, quando se fala em direito processual, se remete imediatamente à função estatal de prestar jurisdição, o que tem enquadramento direito no direito constitucional.

Modernamente, é ainda mais profundo o vínculo existente entre o direito processual e o direito constitucional, principalmente a partir da redemocratização encetada pela Carta de 1988.

Isso, porque é na democracia que o direito processual encontra campo fértil para atuar como instrumento político de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Oportuna a lição de BARACHO (1984, p. 129): "como a Constituição sofre influência do sistema político, as orientações políticas recolhidas nos textos constitucionais contribuem, também, no desenvolvimento do processo. As vinculações entre o 'sistema político' e os 'sistemas processuais' são evidentes."

O grau de vinculação entre o processo e a Constituição alcançou tão avançado estágio que mereceu a seguinte avaliação de OLIVEIRA, Álvaro de[2]:

> Atualmente, pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal. Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica.

Significativamente, no final do século XIX era presente, entre nós, a compreensão da influência da norma constitucional no processo, especialmente como meio para a efetividade e segurança dos direitos. Para João Mendes Júnior, o processo, na medida em que garante os direitos individuais, deita suas raízes na lei constitucional. Cada ato do processo "deve ser

2 O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 21 abr. 2007.

considerado meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos." Suprimir, assim, formalidades processuais pode constituir "ofensa da garantia constitucional da segurança dos direitos e da execução das leis federais".

Em obra diversa, adiantando lições de outras épocas, o grande mestre como que intuiu a íntima conexidade entre o direito processual e o constitucional, ao consignar que 'As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes, ou à discrição dos juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfiança e surpresas'. Antecipam-se desse modo, com grande descortino, futuras elaborações da doutrina européia do século XX.

Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável à realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas sim, como instrumento de realização de valores e, especialmente, de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos na intima conexidade entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui, não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial, e na maneira como o processo é por ele conduzido. Este último aspecto, ressalte-se, de modo geral é descurado pela doutrina. Tudo isso é potencializado por dois fenômenos fundamentais de nossa época: o afastamento do modelo lógico próprio do positivismo jurídico, com a adoção de lógicas mais aderentes à realidade jurídica, como a tópica-retórica, e a conseqüente intensificação dos princípios, sejam eles decorrentes de texto legal ou constitucional ou não.

Assim, no Estado Constitucional, qualquer análise da Teoria Geral do Processo tem de remeter, ainda que indiretamente, aos ditames constitucionais, pois são estes que lhe traçam e delimitam o seu desenvolvimento, não se admitindo,

desta maneira, que os institutos processuais sejam compreendidos em uma perspectiva estanque, isolada, isto é, em um marco democrático o processo demonstra ser não apenas um instrumento formal e técnico a serviço da idéia de justiça, mas também um forte aliado do exercício da liberdade e da igualdade.

Fala-se em constitucionalização do processo no sentido de que os conceitos e institutos do processo, em todo seu âmbito de atuação, devem ser reinterpretados à luz dos princípios elencados na Carta Constitucional de 1988, a qual pressupõe a compreensão da idéia de cidadania em um ambiente de reconhecimento dos direitos fundamentais, que são fonte inegável de inclusão e integração social.

Não basta, todavia, que os direitos fundamentais estejam consagrados constitucionalmente, pois é necessário implementá-los e garanti-los na prática, pois, do contrário, teríamos o esvaziamento do seu significado, o que seria perturbador, já que tais direitos possuem um alto valor simbólico para a democracia constitucional, haja vista carregarem consigo a exigência de justiça, do que decorre a importância de um processo voltado para a sua concretização, ou seja, os direitos fundamentais são uma espécie de referência constitucional para toda atividade processual em um Estado Democrático de Direito.

Na célebre advertência de BOBBIO (2004, p. 45):

> O problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar de solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Assim, diante da necessidade de conferir eficácia aos direitos solenemente declarados, passou a ser útil a distinção conceitual de direitos e garantias.

Entre os publicistas nacionais, Rui Barbosa já distinguia entre, de um lado, os direitos, e de outro, as garantias dos direitos. Dizia ele ser imperioso separar "as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em

defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito" (apud TAVARES, 2007, p. 790).

Ainda, na língua portuguesa, é prestigiada a distinção entre direitos e garantias da lavra do constitucionalista Jorge Miranda. Para ele:

> Os direitos representam por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nela se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos 'declaram-se', as garantias 'estabelecem-se'[3] (MIRANDA, Jorge apud BONAVIDES, 2005, p. 528).

O advento da disciplina Direito Processual Constitucional surge exatamente dessa perspectiva do processo como instrumento de garantia de direitos. Daí afirmar BARACHO que "O processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípio de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pela garantia que os torna efetivos e exeqüíveis" (BARACHO, 2006, pág.12).

Hoje, ninguém mais dúvida que o princípio da ação, expresso no art. 5º, XXXV, da CF, não pode ser compreendido como mero direito de acesso à justiça, mas sim como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, exigindo técnica processual adequada e tutela jurisdicional tempestiva e, quando necessária, preventiva (cf. MARIONI, 2004, p. 180). Trata-se da aspiração à maxima realização do processo, segundo o qual, na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o

3 As clássicas tentativas de promover uma separação rígida do que é "direito" e o que "garantia" não escapou à crítica do Prof. JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Curso de Direito Constitucional* Positivo, 2005, p. 186) para quem "Não são nítidas, porém, as linhas divisórias entre direitos e garantias. [...] Nem é decisivo, em face da Constituição, afirmar que os direitos são 'declaratórios' e as garantias 'assecuratórias', porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória". Corroborando, (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves apud TAVARES, op. cit., p. 792) observa que "as próprias garantias em sentido estrito são de determinado ângulo direitos fundamentais. Sim, porque há um direito a não sofrer censura, a não ter confiscados os bens, a recorrer ao Judiciário, a impetrar mandado de segurança ou a requerer 'habeas corpus'. São direitos subjetivos à garantia: 'direitos-garantia', portanto".

direito de obter (cf. DINAMARCO, 2000, p. 270).

Dinamarco (2000, p. 280) em obra clássica, anota ainda que:

> A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a 'efetividade do processo', a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais.

No ensaio escrito em co-autoria com (Cappelletti apud Bryant Garth, assevera que:

> O movimento pelo acesso à justiça constitui um aspecto central do Estado Social ou welfare State. Nos países ocidentais, esse movimento tem transparecido em três fases (ou ondas), iniciadas em 1965. A primeira onda consistiu na assistência judiciária (superação dos obstáculos decorrentes da pobreza); a segunda diz respeito às reformas necessárias para a legitimação à tutela dos interesses difusos; e a terceira onda traduz-se em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, entre os quais: procedimentos mais acessíveis, simples e racionais, mais econômicos, eficientes e adequados a certos tipos de conflito; bem assim a criação de formas de justiça mais acessível e participativa e buscando a superação da excessiva burocratização.

Com efeito, o Processo Constitucional tem como escopo primordial e central a defesa e garantia de todos os princípios dispostos em nosso texto maior, sempre dentro de um parâmetro moldado pelo Estado Democrático de Direito, mas dando um relevo maior e significativo à proteção dos princípios diretamente referidos aos indivíduos, de modo a evitar que atos e decisões ilegítimas, das autoridades e entidades estatais, possam ficar sem a devida resposta.

Daí, a necessidade premente de que a sociedade civil possua meios e instrumentos processuais de ação e defesa efetiva, especialmente no que diz respeito à problemática do cumprimento do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva em face do aumento da "judicialização rotinizada", de-

corrente da massificação dos litígios.

> A formulação de um Processo Constitucional que possa ser instrumento de absorção das crises e dos conflitos, a nível institucional, torna-se necessária para o Estado democrático, que somente assim poderá corresponder aos apelos da sociedade contemporânea. Este Processo não será, apenas, instrumento de realizações particularistas, assentadas em concepções individualistas, que se satisfazem, com composições judiciais, que não ultrapassam interesses de minorias ou de grupos (BARACHO, 1984, p. 354).

Seguindo essa linha de pensamento é que podemos verificar que o Processo Constitucional e a Jurisdição Constitucional têm adquirido, a cada dia, maior importância, pois novos temas e questionamentos, os mais complexos e polêmicos possíveis, têm sido trazidos ao debate através da jurisprudência constitucional, jurisprudência esta que, em uma sociedade tão dinâmica como a nossa, assume um papel de destaque crescente.

A fim de compreender de onde partem os ventos que atualmente sopram as velas do direito processual constitucional brasileiro, em direção da efetividade da jurisdição, cumpre perquirir as origens do modelo de supremacia do direito adotado em nosso processo.

3 DO PARADOXO METODOLÓGICO NA FORMAÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Na análise dos modelos básicos de supremacia do direito, dois sistemas (MERRYMAN) ou tradições (DAVID) se destacam de modo genérico: o common law e o civil law.

No common law, próprio da Inglaterra e dos EUA, a fonte primária do direito está nos juízes, nos precedentes judiciais, havendo uma legitimação procedimental do direito, orientado pelo senso natural do justo em concreto (MITIDIERO, 2007, p. 17). Pode-se registrar que o direito nascido neste sistema funda-se essencialmente na tradição, a ponto de forjar entre seus operadores um senso histórico que lhe rendeu a adjetivação de direito costumeiro. A idéia de prestigiamento superlativo das decisões jurisdicionais é da essência da common law, em face de o direito, nesta família jurídica, se formar preferencialmente com

base na experiência, e não apenas na lógica abstrata antecedente ao fato. Expressão maiúscula de que o direito, neste sistema, tem por fonte primordial a experiência está no prestígio adquirido pelo precedente jurisdicional, a ponto de este autorizar vinculação a casos futuros, ou seja, os efeitos da coisa julgada ultrapassam as partes e o objeto discutido em determinada e passam a ser aplicados a um universo em que haja casos de situação jurídica idêntica ou assemelhada. Há, pois, na common law, raízes profundamente pragmáticas e desvinculadas de qualquer compromisso com modelos abstratos representados pela existência de lei em tese.

Na tradição romano-germânica, em que se ensarta a maioria dos países da Europa Ocidental, todavia, o direito encontra a sua primeira e mais clara expressão na lei, em um ato formal promanado do Poder Legislativo, partindo-se de uma legitimação material da ordem jurídica, tendo como modelo o Corpus Iuris Civilis, de Justiniano, donde se deduz, do abstrato ao concreto, o direito a ser observado. O instrumento de que se vale o jurista, para tanto, é a legislação, sendo a norma fundamental do sistema jurídico a legalidade. E é fruto dessa linha de pensamento, a Escola de Exegese, formada na França no Século XIX[4].

Trocando em miúdos, a tradição romano-germânica ou do civil law tem como órgão supremo de juridicidade o Legislativo, enquanto que, na família anglo-americana ou do common law, o Direito é formado pelas decisões emanadas dos tribunais ou juízos.

Costuma-se afirmar que o direito brasileiro é filiado à família jurídica do civil law. Embora não se possa negar a forte e preponderante influência do direito romano-germânico na formação das características do direito brasileiro, cremos que a referida colocação não se mostra a mais adequada, sobretudo, quando se investiga a origem americana do nosso Direito Constitucional, a revelar o caráter híbrido do sistema nacional.

Antes de tratar especificamente das origens do processo brasileiro, deve-se pontuar que, apesar da existência de poucos estudos, por parte da doutrina nacional, sobre a origem e características da família da common

4 Esta escola tinha como lema frases como: "toda lei, mas nada além da lei" (Aubry); "os códigos não deixam nada ao arbítrio do intérprete; o direito está escrito nos textos da lei" (Laurent). O método desta Escola mereceu, obviamente, várias críticas não subsistindo, mas, assim como as leis, as Escolas também têm seu elemento teleológico, o desta escola era de proteger o Código Napoleônico. Havia então o receio de que, se concedido amplos poderes ao intérprete, o Código acabaria destruído. Aliás, conta-se que Napoleão, ao saber que o Código Civil estava sendo objeto de interpretação pelos juristas, teria exclamado: 'o meu Código está perdido." (BETIOLI, Antônio Bento. **Introdução ao Direito**. 3.ed. [Sl.]: Letras e Letras, [S.d.]. p. 297).

law[5], não traduz, esta realidade, a importância e influência que este sistema desempenha no mundo ocidental e, inclusive, no direito brasileiro.

Sobre o tema leciona Sérgio Gilberto Porto[6]:

> Com efeito, o que a primeira vista pode parecer uma realidade completamente distante, com um olhar mais centrado no nosso próprio ordenamento jurídico, pode-se afirmar, com segurança, que há circulação de soluções e propostas entre a família romano-germânica, da qual faz parte o direito brasileiro, e a família da common law.

Essa afirmação encontra respaldo, p. ex., em MAURO CAPPELLETTI, que, em excelente trabalho que historia as raízes do processo civil italiano, faz um comparativo entre influências havidas na common law e na civil law pelo Direito Romano. De fato, voltando-se o olhar para Roma é possível identificar uma intensa aproximação entre as duas famílias, já naquele momento, o que é realçado pela pena talentosa de CAPPELLETTI. Refere o mestre peninsular que: "Pode acontecer que seja também esse um dos múltiplos sintomas daquele movimento grandioso de unificação jurídica, ou pelo menos de aproximação dos ordenamentos jurídicos nacionais, que foi na maior parte auspiciado, ou previsto ou assinalado. Desse movimento, de fato, a pesquisa histórico-comparativa que aqui concluímos pôs em luz mais de uma etapa. A própria contraposição, delineada eficaz e autorizadamente por Pringsheim, entre os dois "pares" (direito romano clássico e common law, de um lado, e direito justiniano e civil law do outro) foi, por força dos desenvolvimentos que a common law e a civil law tiveram no curso dos séculos XIX e XX, atenuada fortemente. O movimento de aproximação operou, ou está operando, de maneira convergente em ambas as partes. Se posso levar adiante a analogia (que ainda é, obviamente, uma simplificação, que dever ser considerada com bastante cautela!), traçada, entre outros, por Pringsheim, direi que se tem, de um lado, uma mitigação das escritas romanas tardias ou bizantinas nas codificações dos países da Europa continental, correspondente, de outro, a uma atenuação das próprias escritas romanas clássicas na common law".

5 A obra de Marcelo Alves Dias de Souza, *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante,* 2006, surgiu para preencher um grande vácuo na literatura jurídica sobre o tema.

6 PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial.** Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos.htm>. Acesso em: 28 abr. 2007.

À esteira de pesquisa de fôlego realizado por HERMES ZANETTI JUNIOR (2006, pág. 50/53), no Brasil, podem-se identificar duas grandes recepções em direito processual civil: a da Constituição de 1891, que recepciona o modelo constitucional dos EUA, e a do Código de Processo Civil de 1973, que, ao final de um processo longo, começado em 1916 com o Código Civil e continuado em 1939 com o primeiro Código de Processo Civil nacional, revela a recepção tardia do Direito napoleônico.

Dessa dupla recepção decorreu, na expressão de DINAMARCO, o chamado "paradoxo metodológico". O "paradoxo", entendido como uma contraposição lógica de tradições jurídicas, consiste justamente em termos adotado, ao lado da tradição constitucional norte-americana, a tradição processual civil da Europa-continental, esta última, mais notadamente, em 1973, com o "Código Buzaid".

Assim, ao mesmo tempo, tínhamos uma cultura processual constitucional, o que permitia o controle de constitucionalidade (inicialmente, difuso), os writs constitucionais e o pleito cível lato sensu e especialmente a atipicidades das ações, de um lado; e de outro lado, a vinculação da ação ao direito subjetivo, segundo o qual caberá ao juiz, no julgamento da lide, aplicar as normas legais (CPC/73, art. 126).

É patente o "paradoxo"; pois, enquanto pela tradição americana o Poder Judiciário desempenhava papel de órgão supremo, com atribuição de fiscalizar a compatibilidade formal e material dos atos dos outros Poderes com a Constituição Federal, na família do civil law, especialmente na matriz revolucionária francesa, era impensável a revisão de atos do Poder Público pelo Judiciário, na medida em que era considerado o menor dos poderes políticos.

Sem maiores delongas, o que não comportaria o presente ensaio, aduz-se, em breves palavras, que uma sucessão de fatores, por exemplo a recepção do sistema de freios e contrapesos que elevou o Poder Judiciário de Poder subalterno a exercer a função principal de mediador entre os poderes, por meio do judicial control; passando pelo grande prestígio que grassou a jurisdição constitucional nos períodos de pós-guerras; sem olvidar outras sucessivas recepções da tradição jurídica norte-americana, quer por normas constitucionais, quer pela jurisprudência do STF; conduziram ao triunfo do processo constitucional que temos hoje.

4 DA "OBJETIVAÇÃO" DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Seguindo a tendência histórica pós-1891, o direito processual constitucional brasileiro permanece em movimento de franca aproximação ao modelo do stare decisis, que, na definição de Sérgio Gilberto Porto (op. cit.), representa, em linhas gerais, a possibilidade jurídica de que o juízo futuro declare-se vinculado a decisão anterior, em face da identidade de casos. De sorte que, 'Standing by a decision" (firmar numa decisão) representa a tarefa de decidir uma questão de direito de modo uniforme, em casos materialmente idênticos. Na proposta clássica, encerra a idéia: stare decisis et non quieta movere, ou, deixe-se a decisão firmada e não se altere as coisas que foram assim dispostas, ou, ainda, ficar com o que foi decidido, e não mover o que está em repouso.

O mesmo autor registra que, hodiernamente, em face da globalização – a qual, para o bem ou para o mal, indiscutivelmente facilitou as comunicações - observa-se um diálogo mais intenso entre as famílias romano-germânicas e a da common law, onde uma recebe influência direta da outra. Da common law para civil law, há, digamos assim, uma crescente simpatia por algo que pode ser definido como uma verdadeira "commonlawlização" no comportamento dos operadores nacionais, modo especial, em face das já destacadas facilidades de comunicação e pesquisa postas, na atualidade, a disposição da comunidade jurídica. Realmente, a chamada "commonlawlização" do direito nacional é o que se pode perceber, com facilidade, a partir da constatação da importância que a jurisprudência, ou seja, as decisões jurisdicionais, vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente através do crescente prestigiamento da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz.

E este movimento de aproximação aos modelos adotados, nos países do common law, se agiganta também em razão das notórias deficiências da administração da Justiça, agoniada cada vez mais pela massificação dos litígios, sobremaneira após o processo de redemocratização iniciado com a promulgação da Constituição.

O triunfo do Estado Constitucional implicou severas mudanças no próprio escopo da jurisdição estatal, a qual, mediante a viragem de paradigmas, deixou de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.

Por ordem jurídica objetiva ou, simplesmente, processo objetivo – expressão própria do tema controle abstrato de constitucionalidade - entende-se "um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição. Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente, que pressupõe a defesa de situações subjetivas" (MENDES apud BINENBOJM, 2001, p. 141).

Assim, premido por uma sociedade de massas e globalizada que reclama uma tutela jurisdicional racional, econômica, adequada, previsível, isonômica, e tempestiva, começa a haver uma nítida aproximação do direito processual brasileiro, de origem européia, aos mecanismos próprios do direito anglo-americano ligados à teoria do stare decisis.

Evidências do aumento do grau de aceitação de tal corrente de pensamento podem ser identificadas na pesquisa acadêmica sobre casos já julgados pelo Poder Judiciário para fundamentar teses, assim como em acórdãos que servem para embasar demandas e, quiçá, o mais eloqüente exemplo de tal influência, constata-se na verificação do valor atribuído à interpretação divergente verificada entre tribunais na aplicação do direito, a qual é capaz, inclusive, de ensejar Recurso Especial, consoante disposição constitucional (105, III, "c", CF), muito embora, através dele se busque, ainda que em sede retórica, uniformizar a interpretação e/ou aplicação da lei.

Com o escopo de descamuflar esse fenômeno de objetivação do processo comum, passamos a compendiar os mais expressivos e recentes exemplários legislativos e jurisprudenciais, nos quais a decisão jurisdicional passa a assumir a função não apenas de dirimir determinada controvérsia posta à apreciação do juízo, mas também de desempenhar a tarefa de estabelecer um precedente com força vinculante, de modo a assegurar que no futuro, em caso análogo, venha a ser decidido da mesma forma.

No procedimento do recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, na forma em que foi regulado pelo art. 14, §§ 4º a 9º, da Lei Federal 10.259/2001 e §5º do art. 321 do RISTF, apesar de processo classicamente individual, manifesta várias característica de processo objetivo. Uma, a permissão de intervenção de interessados, ainda que não façam parte do processo, na discussão da tese (inc. III do §5º do art. 321 do RISTF), numa aproximação da figura do "amigo da corte" comum ao controle concentrado de constitucio-

nalidade. Duas, a decisão do STF é vinculante para as turmas recursais, que deverão retratar-se ou declarar prejudicado o recurso extraordinário já interposto, conforme seja. Três, poderá ser concedida medida cautelar para sobrestar o processamento de outros recursos extraordinários que versem sobre a mesma questão constitucional até que o STF julgue o recurso, fenômeno semelhante ao previsto no art. 21 da Lei Federal 9.868/1999 (Lei da ADIN e da ADECON).

O §3º do art. 475 do CPC dispensa o reexame necessário, quando a sentença se baseia em posicionamento tomado pelo plenário do STF ou em súmula deste Tribunal ou do Tribunal Superior competente. O art. 557 do CPC admite ao relator negar seguimento ou dar provimento a recurso em prestígio a súmula ou jurisprudência dominante do STF, ou de Tribunal Superior, mecanismos processuais que, sem dúvida, representam fenômeno mitigado de antecipação da decisão tomada pelos tribunais superiores. Na mesma linha, a recém-promulgada Lei 11.276/2006 institui a Súmula Impeditiva de Recursos. A regra determina que não cabe recurso de apelação contra decisão de juiz que está em conformidade com matéria sumulada no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal.

O parágrafo único, do art. 741, do CPC, admite três novas possibilidades de se obter a desconstituição (inexigibilidade) de sentença judicial transitada em julgado mediante a oposição de embargos do devedor quando: o título judicial estiver fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF; o título judicial estiver fundado em lei de aplicação tida por incompatível com a Constituição Federal; e o título judicial estiver fundado em lei de interpretação tida por incompatível com a Constituição Federal. É a confirmação de que o ato inconstitucional, inclusive, a decisão judicial, sofre os efeitos da interpretação constitucional isonômica.

A Ministra Ellen Gracie Northfleet já se manifestou expressamente em favor da transformação do recurso extraordinário, em remédio de controle abstrato de constitucionalidade, e sob esse fundamento dispensou o prequestionamento de um recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade a posicionamento do STF sobre questão constitucional, adotado em julgamento de outro recurso extraordinário (Cf. AI 375.011, constante do Informativo 365 do STF).

No julgamento do RE 298.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, decidiu-se, por maioria, admitir a possibilidade de o STF julgar recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido. À

semelhança do que já acontece nos julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade, a causa de pedir (no caso, a causa de pedir recursal) é aberta, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em outro fundamento, mesmo que não enfrentado pelo tribunal recorrido.

O art. 103-A da CF/88 consagra a "súmula vinculante" em matéria constitucional, que poderá ser editada depois de reiteradas decisões do STF sobre a questão constitucional, todas tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

O Ministro GILMAR MENDES, confirmando o que há muito defendia em sede doutrinária (1999, pág. 394), deferiu medida liminar, nos autos da Reclamação 4.335-5, reconhecendo à declaração de inconstitucionalidade de lei proferida pelo STF em controle difuso-incidental efeitos similares àqueles observados à declaração em ação direta (vinculante e contra todos), a despeito da não publicação pelo Senado de resolução que, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, suspenderia a execução da Lei declarada inconstitucional pelo Supremo. A decisão recebeu adesão do Ministro Eros Grau. Até agora votaram contra os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa. Pedido de vista do ministro Ricardo Lewandowski suspendeu o julgamento em 19/04/2007.

O STF, numa única sessão, deu provimento a 4.908 recursos extraordinários interpostos pelo INSS, nos quais se discutia se a Lei 9.032/95 seria aplicável a pensões por morte e aposentadorias concedidas antes de sua vigência. Inicialmente, o Tribunal, por maioria, salientando a homogeneidade da questão tratada nos recursos em pauta e, prestando homenagem ao que disposto no art 5º, LXXVIII, da CF, que determina a solução dos litígios em prazo razoável, rejeitou questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio — no sentido de que esses recursos fossem retirados de pauta para que cada relator, ante os precedentes do plenário, acima relatados (RE 416827/SC e RE 415454/SC), atuasse de forma individual —, e deliberou dar prosseguimento ao julgamento conjunto dos recursos. Quanto ao mérito, o Tribunal, por unanimidade, aplicou a orientação fixada no julgamento dos dois referidos recursos extraordinários julgados na sessão do dia 8.2.2007.

Vê-se que são diversas as manifestações da legislação e da jurisprudência em favor do fenômeno de "objetivação" do processo comum. Em outras palavras, verifica-se uma conspiração das fontes do direito, preconizando que o processo comum, antes limitado a solucionar questões de repercussão meramente intersubjetiva, passe a adotar regras próprias do processo objetivo e mecanismos afins à doutrina do stare

decisis com o fim de promover defesa mais eficaz da integridade da ordem objetiva, deixando em plano secundário aspectos formais de menor importância.

O procedimento desenvolvido pelo STF, no julgamento simultâneo de processos com mesma questão jurídica, é típico do stare decisis. Prestigia-se a aplicação do mesmo direito a todos os casos que apresentam a mesma questão legal, sem apresentar preocupação com a idéia de identidade de partes, a partir do primado de que causas iguais merecem soluções idênticas. O que importa, adotando-se linguagem própria do sistema romano-germânico, especialmente na senda brasileira de tal família jurídica, é a identidade de suporte fático e pretensão. Havendo, pois, identidade de causas, há vínculo a ser seguido e respeitado, como garantia de isonomia de tratamento jurisdicional.

Vale a advertência de Sérgio Gilberto Porto (op. cit.) de que, de um lado, o saudável desejo de prestigiamento das decisões judiciais dos tribunais superiores, aos efeitos de oferecer segurança jurídica ao cidadão que passa a desfrutar de um Judiciário mais previsível, há também, de outro, a grave preocupação, nos termos em que está posto o projeto, de limitar a capacidade criativa do juízo sujeito à vinculação, circunstância, hoje, intolerável, eis que aquela se constitui também na concepção mais moderna do sistema romano-germânico brasileiro em legítima fonte de direito. Quiçá, o temperamento necessário esteja, na exata fórmula stare decisis da common law, ou seja, o juízo superior disciplina a matéria, mas ao juízo da causa caberá estabelecer a identificação entre esta (a causa) e aquela (a súmula) aos efeitos de reconhecer ou não a incidência de efeito vinculante, pela via do exame analítico entre os casos, praticando exatamente a atividade de joeiramento presente no distinguish.

Nesta perspectiva, percebem-se a atualidade e a importância do estudo do tema, sobretudo, diante do fato de que o tempo se tornou, em nossos dias, um dos parâmetros fundamentais da Justiça moderna, de modo que é preciso perquirir sobre a adequação de medidas processuais de atendimento em massa, para fazer frente ao aumento desmesurado do número de demandas, intensificação dos litígios em contrapartida da escassez de recursos e material humano.

5 CONCLUSÃO

A primeira influência ideológica no processo sempre foi o direito

material, e hoje deve ser o direito material constitucional, em particular os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, que cumprem essa função, especialmente, o direito à tutela jurisdicional efetiva, visível no direito à duração razoável do processo e na busca pela máxima efetividade; e à segurança jurídica, visível no interesse renovado por uma jurisdição racional, compreensível e identificável.

Dentro dessas perspectivas renovadas pela visão constitucional, o processo constitucional passa a ter influência na teoria geral do processo, conformando os institutos processuais com seus limites ampliados e com a ideologia que lhes é inerente. Assim, de um processo individualista passa-se para um processo coletivo e individual de cunho social; de um processo privado para um processo público.

Estudos anteriores desvendam a nossa "mulatez cultural", pois que, na formação do direito processual civil brasileiro, atuaram forças paradoxais (recepção da judicial review, do direito norte-americano, e recepção do direito europeu-continental, no CPC de 1973), fruto do cruzamento que ocorreu entre a tradição do common law norte-americano, que inspirou nossa ordem político-constitucional republicana, e a tradição romano-germânica, predominante na Europa continental, do que se recepcionou o direito privado, bem como o direito público infraconstitucional (processual e administrativo) e o penal (ZANETI JR., 2006, p. 41).

Dessa dupla recepção somada a outros fatores, percebe-se o processo constitucional em movimento de franca aproximação à teoria do stare decisis. E este movimento do processo em direção aos modelos adotados nos países do common law se agiganta em razão da globalização e das notórias deficiências da administração da Justiça, agoniada cada vez mais pela massificação dos litígios, sobremaneira após o processo de redemocratização iniciado com a promulgação da Constituição.

A busca de soluções eficazes à incontida inflação de lides chegou a tal ponto que, para alguns espíritos mais práticos, tudo se resume na solução rápida, acabando a ação por ser avaliada apenas pela sua eficiência quanto aos objetivos e sua eficácia nos efeitos. A problemática a ser enfrentada delimita-se em saber se a "anglo-americanização" do direito processual no Brasil se mostra realmente desejável e compatível com a

tradição jurídica brasileira ou mesmo se conduz a uma negativa contraposição entre utilitarismo e justiça na medida em que a relativiza em função do desempenho, a transformar o juiz em burocrata, assimilando as funções executiva e judicial.

O ponto nevrálgico está em pensar num processo civil ungido da Constituição e apto a enfrentar os litígios em massa, sem menosprezar seriamente outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça. E Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em prazo razoável, direito à prova).

O debate inevitavelmente perpassa um princípio implícito no sistema jurídico-constitucional, aplicável ao regime dos direitos fundamentais e reconhecido por boa parte da doutrina: é o chamado princípio da vedação do retrocesso. Segundo Luís Roberto Barroso (2001, 158/9), assim se define o referido princípio: "Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. Nessa ordem de idéias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação."

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Direito Processual Constitucional**: Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. As Especificidades e os Desafios Democráticos do Processo Constitucional. In: LEITE, José Adércio Sampaio; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coords.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

DANTAS, Ivo. **Constituição & Processo**. Curitiba: Jurídica, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

LIMA, Francisco Gérson Marque de. **Fundamentos Constitucionais do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: estudos de Direito Constitucional. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 1999.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Efetividade e Processo de Conhecimento**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 21 abr. 2007.

_____. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 21 abr. 2007.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos.htm>. Acesso em: 28 abr. 2007.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo**: a Virada do Paradigma Racional e Político no Processo Civil Brasileiro do Estado Democrático de Direito. (Tese de Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.