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

Revista Direito e Liberdade

UMA TEORIA INFORMATIVA DO PROCESSO SOB NOVOS PARADIGMAS

AN INFORMATIONAL THEORY OF THE PROCESS UNDER NEW PARADIGMS

Nicácio Anunciato de Carvalho Netto*

RESUMO: A incipiência de um ambiente constitucional após a 2ª Guerra Mundial determinou a releitura de todos os conceitos e classificações do Direito. A despeito da defesa de uma teoria informativa consentânea com o Estado Contemporâneo, não se pode escamotear a construção histórica que culminou na atual conjuntura. Desse modo, trataremos das teorias processuais mais clássicas para, então, oferecer outros paradigmas de estudo do processo com supedâneo na Constituição. A nova ordem constitucional, inaugurada em 1988, preconiza princípios que regem as normas e as relações processuais, determinando como será levado o processo e suas garantias. Com efeito, não podemos olvidar a história, mas devemos rever o presente sob o escudo do neoconstitucionalismo.
Palavras-chave: Teorias processuais. Neoconstitucionalismo. Garantias processuais.

ABSTRACT: The incipience of a constitutional environment after the Second World War led to the reinterpretation of all concepts and classifications of law. Despite the defense of an information theory consistent with the Contemporary State, one can not gloss over the historical construction that led to the current situation. In this way, we will treat the more classic procedural theories to then offer other paradigms of the process study with support in Constitution. The new constitutional order, opened in 1988, advocates principles that govern the procedural norms and relations, determining how the process will be taken and their guarantees. Indeed, we can not forget history, but we review this under the shield of neoconstitutionalism.
Keywords: Procedural Theories. Neoconstitutionalism. Procedural guarantee.

1 INTRODUÇÃO

Não obstante a preocupação em se compreender o processo seja antes da autonomia do direito processual - com marco histórico na obra de Oskar

* Acadêmico do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

von Bülow, essa independência no estudo deflagrou nos juristas a necessidade de conceituar os três institutos que dão alicerce a esse ramo do direito, quais sejam: *Ação*, *Jurisdição* e *Processo*. Assim, foram oferecidos vários princípios norteadores e constitutivos das noções dos institutos fundamentais do Direito Processual. Com isso, diferentes teorias informativas se destacaram na tentativa de estabelecer elementos característicos do processo.

Ávidos por encontrar a natureza jurídica do processo, os doutrinadores se remeteram à Roma antiga para, através de uma ótica privatista, definir qual a natureza jurídica do processo. Assim, surgiram diversas teorias informativas com enfoque no caráter *privatista* do processo, as quais são, com efeito, a *teoria do contrato* e do *quase-contrato*.

Em outro tom, quando do reconhecimento do processo como um meio *público* de resolução de controvérsias, destacam-se outras teorias que o informam, a saber: processo como *relação jurídica*, processo como *situação jurídica*, processo como *instituição jurídica*, processo como *procedimento*, processo como *procedimento em contraditório* e processo como *entidade complexa*.

Portanto, faz-se mister a observância das teorias do processo, entendendo que foi dada a sua natureza jurídica sob égide de diferentes categorias gerais do direito, sendo ou privatista ou publicista.

Permeando o que se considera a melhor literatura da teoria geral do processo, busca-se alinhar o trabalho na apresentação das teorias que são consideradas principais. Nesse desiderato, ao tempo das considerações finais, atrevo-me na tentativa de firmar uma nova concepção do processo, atendendo aos ditames que a Constituição da República Federativa do Brasil nos colocou, com fulcro nos princípios da justiça e da isonomia, bem como nos direitos e garantias fundamentais dispostos no art. 5º. Herkenhoff (1997, p. 20) é preciso quando assevera que "uma época de crise tão profunda como a que vivemos exige uma revisão de todos os conceitos, uma quebra de dogmas consagrados, uma paixão muito grande de buscar novos caminhos".

2 BREVE MENÇÃO HISTÓRICA

Por ser uma ciência do espírito, o Direito, em especial neste diapasão, o Direito Processual, constrói-se historicamente. Assim, nada mais justo

que fazer uma breve digressão sobre o direito processual no curso da história, iniciando na Roma Clássica e chegando até a autonomia científica do processo.

2.1 ROMA

Como introito à importância da história romana, pertinente às palavras de Arruda Alvim:

> Do ponto de vista da formação histórica do jurista, principalmente, interessa o estudo do processo civil a partir do Direito Romano. São sabidas as razões e motivos, quer de ordem histórica – em especial, a tradição cultural romana –, quer de ordem estritamente intelectual – alto grau atingido pelo Direito romano –, para que cuidemos de encarecer sua importância (ALVIM, 2006, p. 44).

Em que pese a dificuldade em categorizar realidades jurídico-sociais, não é defeso conspurcar que a cultura jurídica brasileira recebe influência romana marcante, tanto que designam nossa tradição de *civil law*. Entretanto, essas implicações romanas em nossa cultura são provenientes, com efeito, de uma fase mais tardia do direito romano, quando da expansão dos ideais do Cristianismo.

Ex positis, faz-se mister delinear os três períodos pelos quais Roma passou em sua fase clássica, cindindo-se em: *primitivo*, *formulário* e *cognitio extra ordinem.*

O período *primitivo*, também designado como da *legis actiones* (ações da lei), tem forte ligação com a mística e compreende desde o tempo da fundação da cidade (754 a. C.) até o ano 149 a.C., com íntima ligação com a Lei das XII Tábuas (DUTRA, [s.d.]). Dividia-se, de modo formal e solene, em duas fases, quais sejam*: in iure* e *in iudicio.* Na primeira, o procedimento ocorria perante o magistrado que deferia ou não a ação. Em um segundo momento, as partes avençavam um árbitro que não era servidor estatal nem autoridade pública, para que ele dirimisse o conflito, através da produção de provas e prolação da sentença.

Além do eminente apego à oralidade e ao formalismo, com estrita observância do disposto na lei, essa fase nos mostra duas características peculiares, que são o misticismo religioso e o caráter sancionador ou ratificador da decisão. Nesse manto, o direito encontrava-se imbricado com o misticismo, de tal modo que seu conhecimento era segredo adstrito aos pontífices que cabiam julgar as controvérsias privadas. Para melhor entender a outra circunstância peculiar, destacamos os doutos ensinamentos do professor Ovídio A. Baptista da Silva, *verbis*:

> A segunda particularidade marcante dessa época primordial do fenômeno, que, de uma perspectiva moderna, diríamos *jurisdicional*, é a circunstância de somente ter lugar a intervenção de terceiro imparcial, convocado para dirimir um determinado litígio entre particulares, depois que aquele, que se julgasse com direito, privadamente já o tivesse exercido pela força, compelindo o adversário a suportar a autorrealização do próprio direito (SILVA; GOMES, 2009, p. 13).

Portanto, o provimento final proferido pelo árbitro seria apenas ratificador, uma vez que aquele que se considerava titular do direito já havia agido pelo império da força, aviltando o adversário em sua resistência.

O tempo do *formulário*, a seu turno, abrange desde o ano 149 a.C. até o século III da Era Cristã. Assim como a fase primitiva, o formulário dividia-se em *in iure* e *in iudicio*. Inicialmente, era diante do pretor, momento no qual este concebia ou não a ação. Se positivo, entregava a fórmula escrita – única instância escrita do procedimento, não obstante ter sido mitigado o formalismo, ainda era predomínio da oralidade - que se adequasse ao caso. Em seguida, consentâneo com a fase primitiva, um árbitro ou colegiado de juízes (permanece composto apenas por particulares) realizava o julgamento e proferia a sentença.

Por último, o período da *cognitio extra ordinem* perdurou do ano 294 d.C. até a codificação de Justiniano (528-534 d.C.), tendo como especial destaque a extinção da divisão em *in iure* e *in iudicio,* de modo que os juízes passaram a ser funcionários do Estado. Universalizou-se, ainda nesse

desiderato, a jurisdição exclusivamente declaratória, uma vez que nas fases anteriores conheciam o procedimento interdital e outras formas especiais de tutela processual.

Ademais, em marco histórico mais tardio na vida Romana, notabilizou-se forte influência de princípios cristãos, como: tolerância, clemência, moderação e humanidade. Nesse contexto, princípios e instituições foram mantidos, mas com nova roupagem, de modo que foi imperceptível para os romanos. Dentre as mudanças empregadas pelos princípios morais religiosos, releva-se: *favor debitoris*, quer dizer, consideração abstrata e apriorística de que o devedor encontra-se sempre em circunstância de desvantagem, privilegiando as formas menos ofensivas ao demandado. A execução, então, ficou limitada aos bens do condenado, nunca sobre a pessoa. Extinguiu-se, outrossim, como já dito alhures, a tutela interdital, de modo que as sentenças eram *declaratórias*, não mais implicando em punição pessoal – legitimando a vingança privada e toda variedade de agressões corporais - ao condenado, como ocorria nas sentenças *mandamentais*.

Portanto, é mais nesse direito romano-canônico, conforme as lições de Ovídio Baptista da Silva, que o processo civil brasileiro se inspira:

> Esta particularidade da história de nossas instituições processuais não é considerada, em geral, pelos processualistas, que se limitam a dizer que o direito brasileiro, assim como as fontes europeias que o alimentam, descendem do direito romano, sem advertir que essa descendência pouco ou nada tem a ver com as legítimas instituições, puramente romanas, tal como elas existiam no direito romano clássico (SILVA; GOMES, 2009, p. 17).

2.2 IDADE MÉDIA

A queda do império romano, em 476 d.C., provocou uma forte interação que culminou em miscigenação entre os direitos romano, germânico e católico. Destarte, o direito comum da Idade Média foi, com efeito, determinado pela confluência dessas três culturas jurídicas. Impossível pretender que todas tenham exercido mesma força, de modo

que sobressai o direito romano-canônico em detrimento do bárbaro-germânico.

Portanto, muitas das instituições germânicas não continuaram, sendo, pelo contrário, extintas, tais como a completa oralidade, a execução prescindindo sentença condenatória e a exigência da prova recaindo, em regra, sobre o réu. Contudo, prevaleceram os efeitos *erga omnes* da coisa julgada, por influência dos bárbaros.

De repercussão até os dias atuais, ademais, é a criação da Universidade de Bolonha, sobretudo, da escola dos glosadores que, aproveitando que a Universidade, preservou os textos romanos, tratou de estudá-los. Por essas razões, então, o direito romano-católico sobrepujou outras instituições e prevaleceu na formação do direito e processo comum da Idade Média.

2.3 AUTONOMIA CIENTÍFICA DO PROCESSO

A obra *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais* (1868), de Oskar von Bülow, é marco produtor do desligamento do direito processual em face das outras searas do direito, deixando de ser visto como subsidiário do Direito Civil e conhecendo seu estudo especializado. Nesta obra, defendeu-se a relação processual como objeto de estudo dessa ciência.

A partir desse referencial temporal, o processo recebe seu caráter público, reconhecido como meio estatal de composição da lide, pacificação social e reafirmação da lei. Por conseguinte, viu-se o caráter publicista do processo, além da ação como direito subjetivo.

Por ser o ambiente que mais será esmiuçado no presente trabalho, deixaremos para o momento seguinte uma maior explanação sobre o direito processual moderno e contemporâneo.

3 PROCESSO E SUAS PRECÍPUAS TEORIAS INFORMATIVAS

A exposição respeitará o contexto histórico, de modo a fazer críticas, a despeito da compreensão acerca da realidade em que foi elaborada cada teoria. As principais teorias dividem-se em dois grandes grupos, o privatista e o publicista, a título de didática. Nos privatistas, há a teoria do processo

como contrato e como quase-contrato. A seara publicista, a seu turno, consiste nas teorias que seguem: processo como relação jurídica, processo como situação jurídica, processo como instituição jurídica, processo como procedimento, processo como procedimento em contraditório e processo como entidade complexa.

3.1 PROCESSO COMO CONTRATO

Um dos expoentes dessa teoria é Pothier, que defendia que as partes se sujeitavam, de acordo com sua autonomia de vontade, ao processo, comprometendo-se a comparecer a juízo e, outrossim, acatar a decisão judicial.

Assim, no direito romano, o processo era dependente de prévio consenso entre as partes, uma vez que Estado não era capaz de submeter os litigantes à sua égide. De maneira que, aquele que tem pretensão e o outro que resiste, devem acordar (*litis contestatio*) a escolha de um árbitro que decidirá o litígio. Logo, essa corrente assevera que avençar a entrada em juízo e a submissão à decisão eram um negócio jurídico de direito privado. Uma espécie de contrato judicial.

Inobstante não mais suficiente para explicar a moderna conjuntura substancial do processo, pois o réu, independente de sua vontade, é vinculado a integrar a relação processual, a teoria ainda subsiste nos casos de processo arbitral, meio alternativo de resolução de conflitos hodiernos, já que, neste, a sujeição à decisão do árbitro é proveniente de compromisso entre as partes.

3.2 PROCESSO COMO QUASE-CONTRATO

Dado o devido destaque ao francês Arnault de Guényvau, criador dessa corrente, deve-se perceber que essa teoria ainda adequava a natureza jurídica do processo à seara privada, pois apenas se importava com a iniciativa das partes, em detrimento da função do juiz. Portanto, o Estado continuava sem conseguir imprimir sua autoridade.

Percebendo a dificuldade de perfeito enquadramento entre a noção de processo e contrato, buscou-se a mudança de nomenclatura para demonstrar que há pontos diversos que impediam que se atribuísse

mesma natureza, ainda que ambos culminassem em direitos e deveres, sendo um diretamente decorrente da vontade das partes, conquanto outro indiretamente. Nesse desiderato, vale a pertinente lição de Rocha (1999, p. 230), citando o Código Napoleônico de 1804:

> Segundo o art. 1.371 do Código Civil francês, o famoso Código de Napoleão, o quase-contrato é o encontro de fatos voluntários do homem de que resultam obrigações recíprocas entre as partes. Enquanto no contrato as obrigações dele decorrentes são determinadas, diretamente, pela própria vontade das partes, no quase-contrato as obrigações são determinadas pela lei, com base na presumível vontade das partes.

No mesmo clima da teoria contratualista, o quase-contrato também é criticado pela insuficiência no tratamento da questão. Infirmar as teorias privatistas tornou-se, inequivocamente, inevitável, a partir da inserção do processo no ambiente público.

3.3 PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

Como já muito percebido alhures, Oskar von Bülow tem função especial no estudo do processo. Com sua obra, ele desenvolveu a tese, que já vinha sendo aventada, de que o processo é uma relação jurídica, diferente em se tratando da relação jurídica material discutida. A relação processual possui *sujeitos originais* (autor, réu e Estado-juiz), *objetos* (prestação jurisdicional) e *requisitos* (aos quais *Bülow* deu o nome de pressupostos processuais, como propositura da ação, capacidade de ser parte e ingresso na jurisdição daquele a quem ação é direcionada, órgão competente e investido de jurisdição), que lhe dão autonomia (DONIZETTI, 2010). Ademais, o pedido do autor para a atuação da lei provoca a deflagração de uma série de atos do juiz e das partes, de modo a reforçar a existência de relação processual. Chiovenda (1998, p. 78), coerente com esta assertiva, aduz que se estabelece, entre o pedido de atuação da lei pelo autor e o julgamento pelo juiz, um *estado de pendência*. Neste, as partes devem ser colocadas em situação de fazer valer suas possíveis razões: competem-lhes *deveres* e *direitos*.

É relevante que na obra *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*, à guisa de comprovar a divergência frente à relação de direito material, Bülow versou sobre as exceções dilatórias. Tais exceções consistem na denúncia, por parte do réu, de existência de vícios no processo, restando clara uma relação diferente daquela de direito material (MARINONI, 2011), pois o processo eivado de erros impõe às partes que realizem atos, estes, por sua vez, só são praticados em razão da relação jurídico-processual.

Essa é a teoria que tem predominância de aceitação pelos doutrinadores brasileiros. Entretanto, sua dimensão muito conceitualista ou cientificista acaba esbarrando em uma qualidade muito geral-abstrata, olvidando, destarte, o substrato que existe em qualquer relação preenchida por humanidade. Portanto, termina por ser uma teoria processual incompatível com o Estado Constitucional.

3.4 PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA

Os que coadunam com essa corrente patrocinam que o processo é um conjunto de situações jurídicas ativas, no sentido de oferecer dinamicidade ao processo, que não era constatado na relação jurídica. Essas situações criariam deveres, poderes, ônus e faculdade para os sujeitos que no processo ingressassem. Portanto, o processo criaria expectativas e possibilidades, sendo, dessarte, o modo que a pessoa se encontra na esperança da sentença, ou seja, é o estado da parte enquanto busca levar a efeito o direito material pleiteado em juízo.

Em que pese constituir reação à doutrina do processo como relação jurídica, essa teoria foi alvejada por críticas que afirmavam não haver dissonância com os argumentos de que o processo seria uma relação jurídica. Destaca-se, contudo, a introdução no processo de conceitos como ônus, sujeição e relação funcional do juiz com o processo.

3.5 PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO JURÍDICA

Pouco a pouco, os costumes mais importantes e imprescindíveis para a sociedade consolidam-se nas instituições. Estas, como afirma Alvim

(2010, p. 134), "são formas padronizadas de comportamento relativamente a determinadas necessidades. São modos de agir, sentir e pensar do homem em sociedade, e que são tão importantes que qualquer procedimento contrário a eles resulta numa sanção específica".

A partir do institucionalismo "franco-italiano de Hauriou e Santi Romano, o espanhol Jaime Guasp desenvolveu, com adesão de Eduardo Juan Couture, a ideia do processo como uma organização estável das várias relações, com escopo objetivo" (ROCHA, 1999, p. 230).

Com a finalidade de atender aos fins da jurisdição, o processo seria uma complexidade de atos e atividades interligados pela ideia comum objetiva. Entretanto, essa teoria não é recebida amplamente na doutrina em razão, sobretudo, do excessivo conceitualismo empregado.

3.6 PROCESSO COMO PROCEDIMENTO

Nesse corolário, inspirada em uma concepção mais positivista do direito, concebe-se o processo como uma ordenação de atos previstos em lei com tendência a produzir um ato final, qual seja, a prolação da sentença. Portanto, a natureza jurídica do processo é ser, por essência, um procedimento, quer dizer, o respeito a um rito obrigatoriamente seguido.

Ainda que colocada na área que propõe o processo como método estatal de composição da lide, há divergências quanto a sua incorporação nessa classificação em virtude do entendimento de que o processo como procedimento se adéqua a posição intermediária entre as duas classes – pública e privada.

Incompatível com a noção de dignidade da pessoa humana, princípio de justiça e direitos fundamentais, o formalismo dessa teoria resta por destituí-la de plausibilidade doutrinária.

3.7 PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Criada por Elio Fazzalari, essa teoria processual insere na definição da natureza jurídica do processo a figura do contraditório. Coadunando com a teoria anterior, defende que o processo são atos sequenciados, com

característica obrigatória e progressiva na consecução de um ato último, este imperativo. Destarte, a eficácia do processo depende da correta realização do procedimento.

Ademais, o procedimento é qualificado pelo contraditório, abrindo à participação das partes, respeitado a isonomia processual, dada igualdade de chances e de meios para atuar no processo até o provimento definitivo. Desse modo, o processo, além de procedimental, seria justamente contraditório, de acordo com a garantia constitucional. Se feito os atos sequenciais, porém não observar a presença de contraditório, o processo não existiria.

Inevitável a crítica nos casos de processo julgado à revelia, quando todos os meios para convocação do réu foram efetuados, mas ainda assim não houve apresentação por parte deste. O réu, a despeito de ter tido todas as oportunidades para entrar em juízo, não o fez. Com isso, o processo segue, ainda que sem contraditório. De tal sorte que, com esse argumento desfavorável, cai por terra a afirmativa de que o processo inexistiria com a ausência de contraditório.

3.8 PROCESSO COMO ENTIDADE COMPLEXA

Essa teoria vem sendo acatada pela doutrina brasileira, com expoente no eminente professor Cândido Rangel Dinamarco (2005). Para esta, representando crítica a praticamente todas as correntes já analisadas, o processo não se exaure no conceito de procedimento, nem coincide com o de relação processual. O processo define-se na imanência desses dois conceitos, isto é, procedimento e relação jurídica processual.

Nas doutas palavras do professor Dinamarco (2005, p. 25):

> E o processo, no modelo traçado pela Constituição e pela lei, é uma *entidade complexa*, integrada por esses dois elementos associados – *procedimento e relação jurídica processual.* Cada ato do procedimento *pode* ser realizado porque o sujeito que quer realizá-lo tem a faculdade ou o poder de fazê-lo; ou *deve* ser realizado porque ele tem um dever ou um ônus.

O procedimento consiste no caminhar de um conjunto de atos progressivos e concomitantes com o escopo de produzir uma tutela

jurisdicional justa. As normas prescrevem, objetivamente, qual forma deverá ter as atitudes da relação processual, definem as exigências para que aquele ato ingresse formalmente aceito na sequência procedimental. O procedimento é, sobretudo, responsável pelo avanço do processo até que culmine no provimento derradeiro.

À sombra do procedimento está a relação jurídica processual, como uma reunião de situações jurídicas, tanto ativas quanto passivas. Ou seja, direito, deveres, ônus, faculdades, como dito anteriormente. As situações ativas referem-se aos atos que as partes são autorizadas de praticar, ao passo que as passivas consubstanciam-se nos atos praticados em decorrência de mandamento legal.

Com vistas conclusivas, essa teoria exalta a formação do processo com a união do procedimento e da relação processual, na qual aquele seria forma e este a substância. Desse modo, a realidade e o conceito do processo remetem sempre à coexistência harmônica entre essas entidades, configurando-se como complexo.

4 POR UMA NOVA VISÃO DO PROCESSO

A nova conjuntura constitucional impinge que o processo seja avalizado sob outra ótica, desprendendo-se dos conceitualismos e sendo efetivamente um meio de composição de conflitos, sob a égide dos direitos fundamentais e dos princípios decorrentes da nova ordem constitucional, que se estabeleceu no Brasil em 5 de outubro de 1988, com a Constituição da República Federativa do Brasil.

Isso posto, os passos ulteriores deste trabalho serão dedicados a levar a cabo uma compreensão do porquê dessa exigência do neoconstitucionalismo.

4.1 NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo é um fenômeno inolvidável do cenário do Direito Constitucional Contemporâneo que sujeita os ramos infraconstitucionais do direito positivo, limitando sua aplicação em razão das normas e princípios da Carta Maior. Nesse diapasão, impinge-se delinear

os pináculos da nova Teoria da Constituição, sobretudo no que concerne ao que levou a história constitucionalista a culminar na condição atual.

4.1.1 Pontos marcantes do neoconstitucionalismo

O novo ideário imbricado em todo o mundo jurídico hodierno perpassa o neoconstitucionalismo baseado em três marcos, a saber: filosófico, histórico e teórico. Esses marcos demonstram a quebra de paradigmas na observância da Constituição[1].

4.1.1.1 Marco filosófico

O marco filosófico trata do pós-positivismo, caracterizando-se pela confluência das duas grandes correntes filosóficas: jusnaturalismo e positivismo. Nesse novo momento, percebe-se a complementação desses dois modelos, não obstante serem opostos. O debate mostrou que as leis naturais necessitam de objetividade normativa para que esta possa ser exigida. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os princípios da ética, da justiça e da legitimidade foram recepcionados pelo direito, ao qual restou sem vinculação única com a lei, passando a abranger também princípios de justiça universalmente válidos.

Apesar de respeitar o direito positivamente posto, o pós-positivismo caracteriza-se por uma leitura moral do direito, reaproximando o direito e a filosofia. Basta ver que toda hermenêutica deve ser feita com os óculos da dignidade da pessoa humana. Destarte, abre o espaço para leis de ponderação de princípios e valores constitucionais, regra da proporcionalidade ou da razoabilidade, ocupam seus lugares no neoconstitucionalismo, em detrimento do estrito legalismo observado na Era positivista.

As superações históricas do jusnaturalismo e positivismo levam a efeito um inovador modo de apreender o Direito. O fracasso político do positivismo e a necessidade de tornar objetivamente exigíveis as leis universais imanentes do homem culminam no pós-positivismo, como maneira de refletir e interpretar, repetidamente, a função social do Direito.

[1] Os marcos apresentados e sua explanação são alicerçados no artigo "Neoconstitucionalismo", do ilustre professor Luís Roberto Barroso, o qual se encontra referenciado no fim deste trabalho.

4.1.1.2 Marco histórico

O fim da Segunda Guerra Mundial, como retromencionado, é marcado como momento histórico peremptório da ruptura com a constituição como mera carta política e eminência da normatividade da Lei Maior. A reconstitucionalização, ocorrida no Pós-Guerra em toda Europa, produziu uma aproximação entre a ideia de constitucionalismo e democracia, resultando no que é chamado, em dias atuais, de Estado Democrático de Direito. A Constituição, a partir de então, foi relocada e posta de maneira suprema sobre as instituições contemporâneas.

A Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã), 1949, e, sobretudo, a criação do Tribunal Constitucional Alemão, implantado em 1951, são as principais referências no desenvolvimento do novo direito constitucional. Em seguida, países como Itália, Portugal e Espanha também promulgaram novas Constituições que servem de parâmetro para a nova realidade.

No Brasil, a Constituição da República Federativa promulgada em 5 de outubro de 1988, é referência da passagem de um regime militar, extremamente intolerante e ditatorial, para uma realidade democrática. Ademais, a Constituição Cidadã de 1988 conseguiu empreender uma estabilidade nunca antes vista no país, mesmo em meio à crise política que acarretou o *impeachment* do presidente Fernando Collor e, outrossim, escândalos de corrupção, como o mensalão.

O novo texto constitucional não só estruturou tecnicamente o Estado, mas também provocou um sentimento na população de que suas aspirações estavam ali contidas. Os cidadãos se veem com vontade de constituição (HESSE, 1991, p. 24), dispostos a fazer valer os ideais contidos em seu texto. O fim da indiferença face à Constituição designa novos paradigmas na seara constitucional.

4.1.1.3 Marco teórico

Sem embargos, o marco teórico subdivide-se em: 1) reconhecimento da força normativa da constituição; 2) expansão da jurisdição constitucional; 3) desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Foi superado, na criação desse novo paradigma constitucional, o argumento que a constituição é um documento político, não vinculando nenhum dos poderes públicos, mas sendo, exclusivamente, responsável pela convocação do Legislativo, Executivo e Judiciário à atuação. Notadamente, a obra *A força normativa da constituição,* de Konrad Hesse, exprime com brilhantismo, reconhecendo o caráter vinculativo, logo, obrigatório, das normas constitucionais, apontando a faceta jurídica da Carta Maior. Destarte, o texto constitucional recebeu força imperativa, permitindo meios próprios de coação se os seus ditames não forem cumpridos.

Inspirado no emblemático caso Marbury vs. Madison, no qual o juiz Marshall da Suprema Corte estadunidense, de maneira inovadora, prolatou sentença reconhecendo a supremacia da Constituição que implicava na análise de compatibilidade da ordem infraconstitucional com as normas da Lei Fundamental (DIMITRI; MARTINS, 2010, p. 24), restou prejudicada a prevalência do Poder Legislativo, típico do Estado Liberal.

Os direitos fundamentais foram postos nos textos supremos e tornaram-se intocáveis à política legislativa majoritária, cabendo precipuamente ao Poder Judiciário o seu controle. Nesse desiderato, foram criadas inúmeras Cortes Constitucionais e respectivos modelos de controle de constitucionalidade. Ademais, o aspecto difuso do controle de constitucionalidade, íntimo da Europa, permitiu que juízes singulares definissem pela inconstitucionalidade da lei frente ao caso concreto, com efeitos *inter partes*. Toda essa transformação fez com que toda a jurisdição tivesse a incumbência de observar a compatibilidade de leis e atos normativos em face da constituição.

Concomitante ao reconhecimento da força normativa e da supremacia da Magna Carta insta-se a propriedade de levar a efeito uma nova metodologia de interpretação constitucional. É importante ressalvar, portanto, os princípios que provocaram alteração no método de interpretação clássico, quais sejam: o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

Posta essa conjuntura da hermenêutica constitucional, os juristas perceberam que não era mais suficiente a interpretação clássica, pois a

observância da constitucionalidade ou não da norma é fundamental, bem como adequar a solução à realidade do caso concreto, estudado topicamente. Inseriu, então, critérios de proporcionalidade em situações de colisão de princípios ou direitos fundamentais – tal colisão é considerada tão natural quanto inevitável - no caso concreto, já que com as regras é tudo ou não, enquanto que com os princípios há um sopesamento. Exige-se, dessarte, o reforço ao emprego da argumentação jurídica nas decisões judiciais.

4.1.2 Conclusão sobre Neoconstitucionalismo

A vertente que realça do neoconstitucionalismo é, sem embargos, a constitucionalização do direito. Isso decorre do condicionamento, além da vinculação, empregado pela constituição – rígida e escrita – em detrimento das leis e atos normativos de direito público ou privado, de modo que a leitura desses escritos deve ser orientada pelos princípios e valores tutelados pela Constituição.

Por conseguinte, leis infraconstitucionais podem ser invalidadas pela Corte Suprema de cada país, caso não atendam à axiologia constitucional. Além disso, a constitucionalização faz com que normas oriundas da leitura do texto sejam afastadas de aplicação, pois não se conformam com o bloco constitucional[2]. Percebe-se que o neoconstitucionalismo enseja à atividade jurisdicional um papel de zelo à Constituição, dando-o a competência de destituir a vigência de uma norma jurídica verticalmente confrontante com a Lei Maior.

A instalação das Cortes Constitucionais, como esposado alhures, corrobora com a aplicabilidade dos direitos fundamentais, já que, com o Brasil a título de exemplo, com fulcro no art. 5º, §2º da CF, os direitos e garantias fundamentais têm aplicação direta e imediata, vinculando todos os órgãos da Administração Pública direta e indireta. De sorte que, só com normatividade, quer dizer, com aplicabilidade, é que o Poder Judiciário

[2] Bloco de constitucionalidade consiste no parâmetro de confronto hierárquico-normativo das leis em face da Constituição. Costuma-se incorporar nesse conceito os 250 artigos da Constituição Federal, além da ADCT e os Tratados Internacionais que versam sobre direitos humanos e foram aprovados pelo mesmo procedimento da emenda constitucional.

– com efeito, as Cortes Supremas – se tornou incumbente de transpor a literalidade do texto à facticidade da vida.

4.2 PROCESSO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

Esclarecendo o hodierno ensejo constitucional, é imprescindível que se pense uma nova teoria do processo, sob a égide de novos ideais. Com esse colorário, *ipsis litteris*:

> Para o desencadeamento desse novo método, crítico por excelência, foi de muita relevância o florescer do estudo das grandes matrizes constitucionais do processo. O direito processual constitucional, como método supralegal de exame dos institutos do processo, significou sua análise a partir de dado externo, qual seja o sistema constitucional, que nada mais é do que a resultante jurídica das forças político-sociais existentes na nação (GRINOVER, 1998, p. 6).

Isso se consubstancia em dois vieses: incorporação no texto magno de remédios processuais, utilizados em processos ordinários, e interpretação – inclusive afastando a atuação legal no caso concreto - das leis processuais e procedimentais sob o império das diretrizes da Constituição. Ademais, as exigências do direito material discutido devem ser respeitadas com o intuito de prestar uma atividade jurisdicional justa[3]. Assim, desenvolveu uma tutela constitucional do processo, na medida em que as leis processuais devem ser norteadas pelos mandamentos da Lei Fundamental.

A dependência do direito processual em face da Constituição se motivado em dois aspectos principais: 1) Toda regra jurídica deve ter amparo constitucional; 2) Em virtude do garantismo constitucional do processo, tendo em vista que a Carta Maior passou a ser uma declaração de direito – composta, além de outras normas, por um catálogo de direitos

[3] Nesse sentido, "a ideia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcende: o valor justiça" (DINAMARCO, 1993, p. 24).

fundamentais - a sujeitar o processo à conformação com a norma suprema. Portanto, caso uma norma processual obste a concreção de direitos constitucionalmente positivados, a lei é inconstitucional.

As teorias informativas do processo vistas acima cedem para o neoconstitucionalismo. O conceito de relação jurídica não escapa do cientificismo e conceitualismo pertinentes à pandectista, devido ao seu caráter geral e abstrato, essa teoria olvida o substrato do relacionamento humano. Em conformidade com isso, sobressai Marinoni (2011, p. 406):

> A teoria da relação jurídica processual, se é capaz de demonstrar o que acontece quando o litigante vai em busca do juiz em face daquele que resiste à sua pretensão, encobre as intenções do Estado ou de quem exerce o poder, além de ignorar as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos.

Escamoteando a realidade por trás do processo, permitiu-se a construção de uma ciência processual voltada para si, deslocada das condições materiais da vida que estamos imersos. A dissolução axiológica repercute, então, na atividade legiferante e na atuação do juiz, restando ambos descomprometidos com os óbices político-sociais na relação jurídico-processual das partes.

A teoria do processo como procedimento, por sua vez, também não guarda lugar nas atuais condições, tendo em vista ser bastante possível que o juiz escolha não cumprir ordem legal de procedimento, na observância das circunstâncias da tópica jurídica. Não logra êxito preconizar que, não seguindo o procedimento rígido, inexiste processo, uma vez que o procedimento dos nossos dias é flexível, tanto por não aplicar normas como pelas normas processuais abertas. De uma só vez, a nova Era neoconstitucional destitui as três precípuas correntes teóricas do processo, quais sejam: relação jurídica, procedimento e entidade complexa.

A Constituição Federal de 1988 pugna para que sejam atendidas suas orientações. Através de diversos princípios, ela constitucionaliza o direito processual, ordenando que suas normas se atenham às condições

socioeconômicas especiais. O devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, duração razoável do processo e a motivação das decisões judiciais (dimensões fáticas e jurídicas) consubstanciam algum dos norteadores constitucionais do processo. Como se vê, a preocupação constitucional é atender às demandas e delicadezas da vida, desse modo, a decisão judicial irá adequar-se à parte, evitando que o conflito entre autor e réu se perpetue extrajudicialmente.

É notório que uma teoria informativa do processo dos dias atuais receba a missão de compreender o processo como uma garantia do cidadão, implicando no endereçando de seus conceitos às circunstâncias reais da vida.

5 CONCLUSÃO

Um sucinto esforço histórico foi dispendido com o intuito de evitar críticas preconceituosas, com a mediação do estudo pela História. Afinal, o Direito, como ciência do espírito, é uma construção do tempo. Nesse mesmo diapasão, apresentar as principais correntes que informam o processo – cada uma dentro de uma categoria geral do direito (público e privado) - contribui para o embasamento da teoria incipiente.

Não se pode olvidar a importância de todas as teorias apresentadas para a Ciência do Direito, em especial, para a Ciência do Direito Processual. Entretanto, por amor à pesquisa e à produção científica, ultrapassa-se a limitação das teorias postas e, baseado em literatura atual, ousa-se por uma nova teoria do processo. As teorias expostas abordaram o processo com diversas perspectivas: as partes envolvidas, a forma demonstrada e, até mesmo, as duas.

Porém, todas incorrem em dúplice vício: esquecimento da supremacia constitucional e o princípio da unidade; desligamento das especiais condições em cada situação concreta. Por isso, é sábio Herkenhoff (1997, p. 20), no lapso que questiona "como poderia, então, subsistir uma visão racional de Direito, baseado numa lógica formal, se essa lógica formal naufraga no próprio naufrágio de uma visão de mundo organizado, previsível e sem conflitos". Principalmente, as constituições promulgadas

após a Segunda Grande Guerra, incorporaram em sua sistemática um catálogo de direitos fundamentais, de sorte que as normas processuais agora não mais são soberanas, sendo suscetíveis de perderem vigência se incompatíveis hierárquico-normativamente.

O processo deve ser informado precipuamente como garantia constitucional, em virtude disso trazer implicações essenciais ao conceito de processo. Primeiro, as normas processuais infraconstitucionais sofrem influência antes e depois de elaborada: antes porque tem incumbência de concreção dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que o processo é meio de realização de direitos; depois, através do controle de constitucionalidade difuso e abstrato. Além disso, a técnica processual que não se adéqua ao direito fundamental prejudica a tutela jurisdicional efetiva e justa. Uma possível omissão legislativa deve ser suprida, portanto, pela técnica processual, através da individualização das necessidades do caso concreto. Com isso, destitui-se o argumento de que o processo existe quando são seguidas as normas legais procedimentais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Companhia Forense, 2009.

BARROSO, Luis Roberto Barroso. O neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado,** Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 1-204, jul./dez. 2004.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Congresso Nacional, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Bookseller, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DUTRA, Nancy. **História da formação da ciência do direito processual civil no mundo e no Brasil**. Santa Catarina, Florianópolis, Brasil. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11192/historia-da-formacao-da-ciencia-do-direito-processual-civil-no-mundo-e-no-brasil>. Acesso em: 01 jul. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

HERKENHOFF, João Baptista. **O direito processual e o resgate do humanismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2001.

HESSE, Konrad. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. **A força normativa da constituição**. Freiburg: Universidade de Freiburg-ALE, 1959. (Notas de aulas).

MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Frase, 1999.

Correspondência | Correspondence:

Nicácio Anunciato de Carvalho Netto
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário, s/n, Lagoa Nova, CEP 59.072-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-3487.
Email: nicaciocarvalho@gmail.com

Recebido: 09/06/2012.
Aprovado: 23/08/2012.