

OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO NA RE(APROXIMAÇÃO) ENTRE CONSTITUIÇÃO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL.

THE CHALLENGES OF JURISDICTION IN THE RE(APPROXIMATION) BETWEEN THE CONSTITUTION AND THE CIVIL PROCEDURE LAW.

THIAGO FEITEN NUNES

*Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria/RS (UFSM).
nunes_127@hotmail.com*

RESUMO

Este trabalho propõe-se a traçar questionamentos acerca da possível (re)aproximação entre o atual paradigma constitucional e o exercício da jurisdição processual civil. A problemática reside, com efeito, na constatação teórica de incongruências ideológicas havidas no âmbito do direito processual civil brasileiro em contraposição à carga valorativa prevista na Constituição Federal de 1988. No ponto, através da exploração do método histórico e dedutivo, percebeu-se que o modelo processual vigente congrega valores individualistas, patrimonialistas e liberais, por meio dos quais o juiz/intérprete torna-se mero declarante do direito, sem preocupar-se conscientemente com a sua realização efetiva no mundo empírico. O que se vislumbra, no entanto, a partir dos parâmetros valorativos trazidos pela Carta Magna de 1988, é a necessidade de aprimoramento de tal sistema jurisdicional, sempre tendo em vista a preocupação de resguardar e dar efetividade e coesão aos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Política.

Palavras-chave: Compatibilidade; Constituição, Ideologia, Processo Civil;

ABSTRACT

This study aims to trace queries about the possible (re)approximation between the current constitutional paradigm and the exercise of civil procedural jurisdiction. In fact, the problem lies on the theoretical statement of ideological incongruities existing within the Brazilian civil procedural law as opposed to the value charge provided in the Federal Constitution of 1988. In this subject, by exploring the historical and deductive method, it was found that the current procedural model gathers individualistic, liberal and patrimonial values, by which the judge/interpreter would merely be a law declarant, without awareness of his effective realization in the empirical world. However, what are expected from the evaluative parameters of the 1988 Constitution, is the need for improvement in such jurisdictional system, always keeping in mind the concern of protecting and give cohesion and effectiveness to the rights and fundamental guarantees provided by the Political Letter.

Keywords: Compatibility; Constitution, Ideology, Civil Process;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O DIAGNÓSTICO DAS INCONGRUÊNCIAS HAVIDAS ENTRE CONSTITUIÇÃO E PROCESSO CIVIL; 1.1 O Surgimento da Leitura Neoconstitucionalista; 1.2 Estado da arte do processo civil brasileiro; 2 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO: CAMINHOS DE (RE) APROXIMAÇÃO; 2.1 A atuação legislativa e judiciária como condição de possibilidade para o protagonismo constitucional na jurisdição processual civil; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A civilização humana e o próprio direito por ela produzido - e a ela aplicado - vêm sofrendo suas constantes adaptações aos novos contornos sociais emergentes de uma sociedade globalizada e multifacetada. Tal enredo, por sua vez, constantemente alterado pelo processo de complexização e dinamização das relações intersubjetivas, pugna por um campo jurídico atrelado ideologicamente, em um contexto de contínua adaptação.

No âmbito normativo, a insurgência de novos valores, novos paradigmas e novos anseios fazem com que o direito passe a trilhar sua linha evolutiva de reaproximação constante entre a norma e a realidade. Especificadamente no campo do direito processual civil, cerne deste trabalho, buscará questionar-se se tal ramo do direito está, de fato, em consonância ou não com os ditames transindividuais, solidários e participativos trazidos pela Constituição Federal de 1988 no limiar do século passado.

No ponto, através do levantamento histórico e dedutivo, far-se-á uma análise sobre o assentamento ideológico que está por detrás do direito processual civil brasileiro, sem prejuízo da discriminação das possíveis consequências dessa impregnação. Após, se constatadas incongruências entre os paradigmas assentados nas esferas constitucional e processual, a problemática está em tentar estabelecer caminhos de (re)aproximação entre ambas as disciplinas, tendo em vista a unicidade e a coerência do ordenamento jurídico.

Na preocupação em atender o problema proposto, então, os objetivos gerais são, primeiramente, demonstrar a emergência da leitura neoconstitucional, a qual guarda certa correspondência teórica para se buscar a parametricidade entre processo civil e Constituição, e evidenciar as mazelas deixadas pela história no ramo a ser lapidado - o processual. Ademais, dentro da mesma temática exposta, o objetivo específico perfaz-se a apresentação de caminhos a serem trilhados, sejam eles legislativos, judiciais ou político-sociais, a fim de concretizar a compatibilização entre a Carta Magna e o direito processual civil.

Estruturalmente, o presente trabalho é dividido em dois capítulos. Na primeira parte demonstrar-se-á a existência de inconsistências paradigmáticas entre a carga valorativa da Constituição Federal de 1988 e o direito processual civil posto, sobretudo mediante a abordagem da releitura neoconstitucional feita à teoria do direito existente. Já no segundo capítulo, com base nas constatações feitas, procurar-se-á elucidar caminhos aptos a propiciar uma aproximação da jurisdição processual civil com essa carga valorativa já referida.

1 O DIAGNÓSTICO DAS INCONGRUÊNCIAS HAVIDAS ENTRE CONSTITUIÇÃO E PROCESSO CIVIL

A complexibilidade apresentada pela sociedade global, aliada à contemporaneidade dos direitos emergentes na presente quadra da história, principalmente os ditos transindividuais, propicia questionar-se se realmente está-se de frente a um direito processual capaz de obter soluções, ou adequar-se, a esse paradigma que vem se revelando. Tal debate surge da necessidade de se implantar uma nova postura jurisdicional, uma vez que a multiplicação dos atores sociais, dentro do âmbito do Estado Democrático de Direito, é condição elementar para o pleno e pacífico exercício de valores tão fundamentais como a cidadania, a dignidade e a democracia.

No mesmo sentido, tal necessidade de questionamento é corroborada pelas transformações filosóficas, políticas e jurídicas ocorridas no seio do direito constitucional mundial no II Pós-Guerra, as quais deram ensejo a uma tendência de judicialização das questões sociais e expansão dos mecanismos de controle estatal. No contexto, tal evolução paradigmática se consolidou na busca por um Estado que aliasse efetividade e transformação em torno de um status de supremacia da Carta Política, perfazendo esta o ápice hierárquico de todo campo normativo-jurídico.

Nesse contexto de supremacia Constitucional absoluta dentro do ordenamento jurídico, faz-se imperiosa a adequação/reformulação de toda atuação jurisdicional e da legislação infraconstitucional vigente no país a fim de resguardar, dar efetividade e, de fato, materializar a proteção dos respectivos direitos, garantias e valores trazidos no bojo constitucional. Isto, pois, as mais diversificadas e possíveis pretensões - sejam sociais ou não -, oriundas do século XXI, quando violadas, necessitam de uma jurisdição estatal apta a tutelá-las.

É com base nesse raciocínio, portanto, no âmbito jurídico, o papel do direito processual civil assume relevante importância, perfazendo-se um ramo específico destinado a regulamentar o processo de atuação jurisdicional-estatal desencadeado pelo exercício do direito de ação previsto constitucionalmente (art. 5º, XXXV¹). Tal área absorve relevante papel teleológico frente ao disposto no texto constitucional, uma vez que se consubstancia no mecanismo

¹ Referente à Constituição Federal de 1988.

necessário à obtenção da tutela de direitos e garantias, principalmente na atual configuração estatal vigente, por parte do Poder Judiciário.

1.1 O Surgimento da Leitura Neoconstitucionalista

O estudo do neoconstitucionalismo advém da necessidade de se questionar o tratamento dado aos direitos fundamentais, mormente os oriundos pós-Segunda Guerra Mundial, frente à teoria jurídica então existente. Tal leitura trará a percepção de que a tutela de tais direitos não pode ficar atrelada somente a normas programáticas, na dependência de um legislador moroso, mas ao mesmo tempo, onipotente, sendo preciso, no ponto, buscar uma releitura constitucional a fim de garantir efetividade a tal previsão.

Historicamente, o neoconstitucionalismo teve suas bases alicerçadas nos avanços que o direito constitucional efetuou na teoria jurídica que ora vigia no século XX. Nesse sentido, houve uma elevação de cunho constitucional na interpretação das questões postas a fim de aplicar o direito infraconstitucional em compatibilidade com as Cartas Políticas de cada país, utilizando-se, quando necessário, até mesmo os princípios constitucionais como fonte primária do direito. Trata-se, por um lado, de uma inversão das fontes do direito provocado pelo redimensionamento dado ao papel da Constituição, seus princípios, valores e objetivos.

Sem esgotar necessariamente o tema, é importante colocar inicialmente que o marco teórico passa intrinsecamente pelo cenário histórico de formação e exaltação das Constituições das nações, sobretudo as ocidentais, nos últimos dois séculos da humanidade. Assim, desde a queda das monarquias, impulsionada pela Revolução Francesa, é válido frisar que as Cartas Políticas passaram a ocupar cada vez mais uma posição de destaque nos respectivos ordenamentos, seja pela valorização dos elementos constitutivos da sociedade da qual emanava, seja pela própria formação dos Estados Independentes que estavam se demarcando na época. Nesse sentido, aquilo que hoje é tido por Constitucionalismo reporta-se, na verdade, a essa saliência dada às Constituições no final do século XIX e início do século XX, sobretudo as de fundamentação liberal oriundas do ocidente.

Ainda, no período retrospectivo mencionado, o direito, na intenção de sanar as incertezas trazidas pelo direito natural, estava construído sobre uma metodologia positivista, utilizando-se da Constituição como expoente central, sob o prisma meramente formal, de todo o ordenamento jurídico. Entretanto, na medida em que se passavam as primeiras décadas do século XX, e devido, principalmente, à dinamicidade dos eventos sociais ocasionada após a 2ª

Guerra Mundial, tal ramo da ciência se dá conta da insuficiência/incapacidade de seu método positivista/dogmático sobre o qual estava moldado, especialmente na organização e tutela de todos os acontecimentos humanos advindos do período, inclusive no que tange a própria manutenção da paz.

O positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento de idéias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada. O Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de justificação além da própria existência. Com o tempo, o positivismo sujeitou-se à crítica crescente e severa, vinda de diversas procedências, até sofrer dramática derrota histórica. A troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade.²

Nesse viés, inevitavelmente, despontaram no cenário global correntes teóricas pós-positivistas, de natureza empírica, preocupadas, sobretudo, na efetividade dos valores essenciais à humanidade, na dignidade da pessoa humana, e na transformação do positivismo obsoleto que vigorava. Assim, “o direito meramente legitimador das relações de poder, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade”³, como bem assinala Lênio Streck. Tal conjunto de ideias, ainda, é muito bem concatenado por Alfonso de Julios-Campuzano:

Com efeito, depois do desastre totalitarista do século passado, o pensamento jurídico europeu, profundamente afetado por tão abominável disputa e por episódios dramáticos de negação dos direitos humanos, sentiu necessidade de mexer nas entranhas do velho e injuriado direito natural, para superar o pesadelo de um formalismo jurídico que propiciou a identificação estreita entre validade e justiça, mediante a redução do universo da juridicidade ao direito positivo. Após o apogeu do positivismo legalista, a exaltação cientificista do Direito como um objeto axiologicamente neutro e a proclamação do caráter estritamente descritivo do conhecimento jurídico, fazia-se necessário recuperar a dimensão valorativa do Direito pra restabelecer, de alguma maneira, aquela ligação estreita que, nas origens da modernidade, preconizava o jusnaturalismo racionalista, inserindo o direito no horizonte da justiça, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, valores vinculados diretamente com os direitos humanos, cujas primeiras declarações promulgaram-se no ambiente cultural da ilustração.⁴

Nessa toada, ainda no início do século XX, foi que despontou, dentre as nações ocidentais, como característica paradigmática, a força normativa dada às Constituições, sua

² BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25

³ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

⁴ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Tradução: José Luis Bolsan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 10.

consequente elaboração das diferentes categorias da hermenêutica constitucional, além da expansão verificada na função jurisdicional constitucional com a organização dos tribunais constitucionais. Importante observar também que, nesta quadra da história, esse ambiente de efervescência teórica pós-positivista propiciou o pitoresco surgimento no campo teórico de diversas características marcantes que posteriormente foram remodelando-se, conforme os ditames da sociedade, na tendência de dar efetividade constitucional à teoria do direito já consagrada.

Indubitavelmente que todas essas reformulações ocorridas no cenário mundial, vale repetir, foram fatores responsáveis pela eclosão de uma espécie de tendência, a qual se consolidava na busca por um Estado que aliasse efetividade e transformação, em torno de um *status* de supremacia da Carta Política, de modo a judicializar os povos e propiciar mecanismos de controle e garantias antes jamais exercitados. Eis, então, que desmonta, dentre os doutrinadores, o neoconstitucionalismo, como caminho de alinhamento da base teórica à base dogmática, na proporção em que, a partir de um processo de integração da norma, buscou-se dar uma lapidação constitucionalizadora à teoria do direito já existente.

Nesse contexto, verifica-se que o neoconstitucionalismo é um termo que entrou na linguagem jurídica há pouco tempo e que, mesmo não possuindo um significado unívoco, adquiriu grande aceitação. Geralmente, é empregado para indicar uma perspectiva jusfilosófica que se caracteriza por ser um constitucionalismo antipositivista.⁵

Assim, alicerçado nas bases pós-positivistas do século XX, de fato, o neoconstitucionalismo conseguiu criar um ambiente responsável também pela eclosão, no seio político, do paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual se positivou constitucionalmente um novo modelo estatal, altamente democrático, que vai além dos paradigmas já conhecidos - o liberal e o social -, pois apresenta como seu motivo maior a concretização das prestações materiais prometidas pelo Estado à sociedade. Esse, talvez seja, tomando por base todas as alterações paradigmáticas ocasionadas pelo neoconstitucionalismo, o seu reflexo político de maior monta, com intensa carga valorativa, pois, conforme ressalta Luís Barroso:

A construção do estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático, no curso do século XX, envolveu debates teóricos e filosóficos intensos acerca da dimensão formal e substantiva dos dois conceitos centrais

⁵ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita.** São Paulo: LTr, 2011, p. 85.

envolvidos: Estado de direito e democracia. Quando ao Estado de direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares. [...] Já no tocante à democracia, é possível considerá-la em uma dimensão predominantemente formal, que inclui a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, frequentemente referidos como liberdades públicas - como as liberdades de expressão, de associação e de locomoção -, realizáveis mediante abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo Estado.⁶

Especificadamente, no Brasil, não foi diferente. O cenário global, com efeito, fez com que aqui refletissem os ideais do movimento neoconstitucionalista na Carta Magna de 1988, sobretudo, expressados pela suplantação do regime militar e abertura política calcada no processo de redemocratização da década de oitenta. De cunho capitalista, democrático, prolixo, anunciando um intervencionismo atenuado na economia, mas contundente na preocupação com o social, a Carta Magna de 1988 veio para representar uma nova era dentro do limiar histórico nacional. Sua edição representou a concretização de inúmeras conquistas ao cidadão, como, por exemplo, um rol extenso de garantias com o objetivo de dar maior efetividade aos direitos fundamentais, permitindo a participação do Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direitos⁷.

Por fim, tal processo de valorização constitucional, conforme já ressaltado nas linhas anteriores, proporciona à atuação judicial um melhor desfrute da utilização de princípios e regras constitucionais na solução dos casos postos a seu crivo. Tal asserção, por lógica, vai ao encontro das lições já famosas de Ronald Dworkin, para quem o juiz, na proporção em que segue a concepção de Estado de Direito, desde já centrada nos direitos, tentará, num caso controverso, estruturar alguns princípios que, para ele - intérprete -, captam, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso^{8,9}. No mesmo sentido, coleciona Lênio Luiz Streck:

A (pretensa) plenipotenciabilidade da regra - como fonte e pressuposto do sistema - cede lugar aos textos constitucionais, que darão guarida às promessas da modernidade contidas no modelo do Estado Democrático (e social) de Direito. Implica, assim, introduzir o ideal de vida boa, abrindo espaço para a

⁶ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 41.

⁷ Vide art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.

⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Birges - 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 15.

⁹ Para Ronaldo Dworkin, “*princípio é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade*”, in: DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35,

institucionalização da moral no direito produzido democraticamente, a partir daquilo que denominou de “positivação dos princípios”.¹⁰

O poder estatal, antigamente, no Estado Liberal, encarregado em declarar a lei, assume a função de torná-la efetiva e aplicável e, justamente por esta razão, passa a apoiar-se na integração constitucional da norma, mediante a utilização de valores e princípios. Sobre o assunto, assevera Sérgio Alves Gomes:

Ao adotar como meta a aplicação dos princípios e regras constitucionais e dos princípios da hermenêutica jurídica constitucional, o magistrado muito se distancia daquela postura de falsa ‘neutralidade’ tão ao gosto da escola de exegese, para se tornar autêntico concretizador dos valores que são, ao mesmo tempo, os fundamentos e objetivos do Estado de Direito Democrático. Sob a égide dos princípios que orientam este, o Juiz torna-se importante sujeito ativo na aplicação e elaboração do Direito, ou seja, um efetivo participante da construção de uma sociedade autenticamente democrática.¹¹

Assim, atuando como caminho integrativo ao direito, o neoconstitucionalismo visa extinguir, pelo menos no campo teórico, qualquer lacuna existente no sistema jurídico, preenchendo-as com os ensinamentos advindos da Carta Magna. Nesse viés, imperioso é o destaque a ser dado à atuação do Poder Judiciário e sua exaltação provocada pelo referido contexto neoconstitucional, a qual, inegavelmente, apresentará extensa relação de dependência com o modelo processual, mormente o civil, atualmente existente no ordenamento jurídico brasileiro, objeto de discussões a ser debatido neste trabalho.

1.2 Estado da arte do processo civil brasileiro

Diante do contexto neoconstitucionalista e considerando a nobre missão relegada ao julgador/intérprete de efetivação constitucional, também ganha importância o aparato legal, infraconstitucional, já existente, pois a lei, em seu sentido amplo, é o que vai dar, na maioria das vezes, aplicabilidade aos princípios e regras previstos na Carta Política. Assim, em um diapasão ainda mais específico, o papel da legislação processual civil, disciplina do direito formal/instrumental, desponta como protagonista no cenário jurídico, desfrutando de condição inigualável de responsável por orientar a temporalidade existente entre o exercício de uma pretensão, no âmbito judicial, e a real efetivação da mesma por uma decisão do Poder Judiciário.

¹⁰STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 59.

¹¹ GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica jurídica e constituição no Estado de Direito Democrático*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 60.

A necessidade do processo judicial representa um custo para todos os titulares de direitos ou de outros interesses legalmente protegidos pela ordem jurídica estatal, à medida que, estabelecido o monopólio da jurisdição, como uma decorrência natural da formação do Estado, afasta-se definitivamente a possibilidade das reações imediatas tomadas pelos titulares para a pronta observância e realização do próprio direito.¹²

Ao fim e ao cabo, o direito processual civil visa resguardar a própria ordem jurídica, atuando, não somente na pacificação de conflitos e manutenção do império da lei e da paz social, mas também como veículo de proteção aos direitos individuais¹³. É através da observância dos ditames da legislação de processo que o Estado põe em prática sua exclusividade no monopólio da jurisdição, disciplinando suas modalidades de atuação, instituindo órgãos de função jurisdicional e estabelecendo um leque de regras aos possíveis e reais demandantes.

Ocorre que, como todo e qualquer outro ramo da ciência, o direito também não está imune às contingências históricas, teóricas e sociais de evolução da humanidade, mas pelo contrário, parte da dinamização ocasionada pelo tempo para se alcançar a sua constante e ilimitada lapidação. Lamentavelmente, conforme se verá adiante, na atual quadra da história, em solo brasileiro, desfruta-se de um ordenamento processual civil dissociado de historicidade, o qual guarda estreita relação com os ditames autoritários, individualistas e patrimonialistas marcantes do Estado liberal do século XVII.¹⁴ ¹⁵Como bem salienta Cristiano Becker Isaia a respeito dessa carga histórica, a sobreposição da razão como meio de acesso às verdades absolutas - ideário iluminista - influenciou invariável e diretamente tanto o direito, quanto o processo civil, de modo a confinar juristas a um mundo jurídico totalmente desvinculado do mundo da vida, do mundo social.¹⁶

No entanto, antes de se procurar compreender as contingências racionalistas e liberais presentes no direito processual civil brasileiro, necessário é o conhecimento, sob o ponto de vista histórico, sobre dois grandes acontecimentos que marcaram a humanidade na derrocada do

¹² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**, vol. 1 - 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 13.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 4.

¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica** - 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 90.

¹⁵ A título exemplificativo, tal paradigma, como menciona Ovídio Baptista, serve como fator fundamental para a ordinariade processual que hoje se conhece, a qual não aceita a ideia de “execução” sem “cognição” antecedente, pois executar antes de conhecer seria uma forma de permitir que o juiz julgasse com base em simples verossimilhança, outorgando tutela a quem na realidade não fosse titular do direito

¹⁶ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 29.

mundo medieval anterior ao século XVII, e no surgimento da modernidade: a) o Renascimento - período marcado por transformações em muitas áreas da vida humana, sobretudo na economia, na política e na religião, caracterizando a transição do feudalismo para o capitalismo - e, b) a Reforma Religiosa. Ambos os acontecimentos representaram marcos históricos que serviram de releitura e questionamento de tudo aquilo que se produziu anteriormente, além de inaugurarem um novo paradigma cultural para a humanidade.

Na época, o aparato econômico gerado pela sociedade burguesa, aspirante de riqueza no século XVII, não poderia ficar servindo de amparo e fomento ao privilégio daqueles que possuíam diversa forma de decisão e condução do Estado - nobreza e clero -. Era preciso criar mecanismos que assegurassem um respaldo maior à classe ascendente, como, por exemplo, a normatização de direitos e deveres fundamentais. Assim sendo, a imposição de leis, regulamentos, consubstanciados no discurso de igualdade, liberdade e fraternidade eram caminhos que a burguesia detinha para que se regulassem as relações de poder, a organização entre os cidadãos e, mormente, a constituição de uma nova mentalidade de Estado, baseado na lei.

No mesmo sentido, complementa Eduardo Capellari:

Com isso, iniciou-se na tradição jurídica ocidental a prática de criação dos manuais, as obras exegéticas do direito codificado, que acabou por promover a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, desconstituindo o direito natural; fortalecendo uma concepção rigidamente estatal do direito; reivindicando que a interpretação da lei deve ter como critério a intenção do legislador; a identificação completa do direito com a lei escrita, trazendo o culto ao texto da lei.¹⁷

Todavia, embora tida como garantidora de obrigações e pressuposto para segurança jurídica, essa normatização buscada pela sociedade emergente na Idade Moderna escondeu escopos tiranos, sobre os quais os detentores de poder, principalmente econômico, perfizeram do direito seu instrumento de dominação. Isso se explica, pois além de aspirar ao poder, a classe burguesa fez do corpo de leis um meio/instrumento para que não mais se perdesse esse império de poder, algo dotado de perenidade, que não permitisse retrocessos que abalasses suas prerrogativas já conquistadas.

No ponto, novamente, as palavras são de Ovídio Baptista:

Aqui, como em outros pontos, é necessário considerar que o predomínio do valor segurança, que constituiu sem dúvida o elemento preponderante na formação do conceito moderno de Direito, já estava presente, como a principal preocupação de legisladores dos séculos IV e V da era cristã [...] Nesse particular, a revolução cultural formadora do mundo moderno valeu-se de elementos medievais, não

¹⁷ CAPELLARI, Eduardo. **A crise da modernidade e a constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 43.

significando, portanto, como à primeira vista poderia parecer, um rompimento definitivo e radical com os valores da Idade Média.¹⁸

Assim, o predomínio absoluto do valor segurança, em detrimento do valor justiça, enquanto polaridades antagônicas, tanto na constituição do direito como na formação do espírito científico, resultaram a completa submissão do pensamento jurídico aos métodos e princípios das ciências da natureza, ou das ciências lógicas, como a matemática.¹⁹ O ponto da discórdia, com efeito, está no fato de que as ciências comprometidas com a história, com a cultura e que pressupõem uma compreensão hermenêutica não podem se submeter a métodos puramente dogmáticos, artificiais historicamente e cartesianos como sugere a corrente filosófica racionalista-liberal em comento.

Vale lembrar, ainda que de forma ilustrativa, sem o aprofundamento necessário da matéria, que como símbolo baluarte do racionalismo está a *Teoria da Separação dos Poderes* elaborada pelo filósofo, político e escritor francês Charles de Montesquieu, o qual preconizava que a função jurisdicional seria meramente intelectual/declaratória. O juiz ficaria limitado a verbalizar a “vontade da lei” ou, em outras palavras, “a vontade do legislador”. A consequência desse pensamento liberal era que a lei teria, então, um sentido unívoco. Ao intérprete não haveria a possibilidade da compreensão hermenêutica, da interpretação, pois devido ao dogmatismo, só lhe restaria a aplicação da vontade legal, estando desligado da tradição, de seus vínculos sociais e valores.²⁰

Com efeito, sobre essa rigidez estrutural provocada pelo fascínio da lei no âmbito da processualística, relembra o sempre lembrado Ovídio Baptista da Silva:

Alias, se o juiz não podia se afastar da lei, e se a justiça do juiz tinha de ser a justiça da lei, não se poderia conceber a possibilidade de o juiz julgar sumariamente, já que nessa hipótese o juiz poderia se afastar da lei, quando a justiça passaria a ser do juiz, e não da lei. Logo, a precedência da cognição sobre a execução é uma exigência da estrita submissão do juiz à lei, já que dar-lhe poder de executar antes de julgar seria o mesmo que outorgar-lhe o direito de conceder tutela a quem, depois, a sentença reconhecesse não ter direito.²¹

Desse modo, ao exaltar o sentido único da lei e a impossibilidade de interpretação por parte do julgador, a influência liberal do século XVII mostrou-se conservadora e antidemocrática. Isto, pois, quanto ao primeiro adjetivo, o conservadorismo evidencia-se

¹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. op. cit., p. 102.

¹⁹ Id., 2007, p. 89.

²⁰ Para a crítica a respeito das influências racionalistas no direito processual civil brasileiro utilizar-se-á como plano de fundo a obra “**Processo e ideologia: o paradigma racionalista**”, de autoria do escritor gaúcho Ovídio A. Baptista da Silva, perscrutora na área no que tange ao tratamento do tema.

²¹ SILVA, Ovídio Baptista da. op. cit., 1996. p. 147.

naturalmente pela aplicação fria e direta da norma - parâmetros legais já existentes -, impedindo que outros sobreviessem a fim de que fossem aplicados. Já quando ao caráter antidemocrático, este se explica na medida em que a democracia pressupõe a neutralidade do juiz e sua consequente permeabilidade às ideologias em que está inserido. Assim, ao tirar a dinâmica - permeabilidade ideológica - e elevar o julgador ao papel de mero declarante, o dogmatismo impulsionou-o a ir ao encontro da previsão já posta no ordenamento, a qual é produzida pelo legislador, e naturalmente, expressa apenas a vontade da maioria.

O que se percebe *prima facie*, então, no campo do exercício da jurisdição, é a ausência de qualquer mecanismo contra majoritário, propulsor de uma verdadeira democracia, que pudesse subverter-se ao sistema racionalista, normativista e liberal do século XVII. Pelo exposto, a exaltação ao dogmatismo figurou-se como um fenômeno estático e responsável pelo aprisionamento da jurisdição civil a paradigmas e verdades ultrapassadas, como a separação entre cognição e execução e a tipicidade de meios executórios, por exemplo, impedindo que houvesse uma natural permeabilidade da história e das contingências atuantes da evolução dos novos direitos.

Retornando ao viés do legado racionalista no Direito Processual Civil, a aceitação do pressuposto de que a lei teria “vontade” de sentido unívoco é o que legitima, por exemplo, a presença de certos dispositivos legais em nosso Código de Processo Civil Brasileiro como os é os artigos 518, §1º²², 543-B²³ e 557²⁴, uma vez que se evidencia um empreendimento a conferir imutabilidade - sentido único - a posicionamentos/decisões judiciais, ocasionando, nesse sentido, uma tentativa de manutenção do poder pelo próprio direito, no caso, o processual. De plano, percebe-se o grau de subjetividade e estandarização capaz de ser propiciado pelos mencionados dispositivos, perfazendo-se, com certeza, um verdadeiro mecanismo de controle, sobretudo no âmbito recursal do direito processual civil, o qual se rege pelo conservadorismo e pela dificuldade em aceitar a mudança.²⁵

²² Art. 518: Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º: O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

²³ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

²⁴ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

²⁵ São exemplos disso: art. 120, parágrafo único²⁵, art. 285-A25, art.469, II25, art. 515, §3º25, art. 527, I25, art. 557, caput e § 1º-A25, todos do Código de Processo Civil Brasileiro.

Como bem exaltou o professor Lênio Streck a respeito do tema:

Todos os recursos contrários à “jurisprudência dominante”, por exemplo, estarão, de plano, condenados ao arquivamento, provocando o “congelamento” da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, destinatário do recurso extraordinário-constitucional, bem como dos demais tribunais, a partir do fato de que também eles podem negar seguimento a recursos que contrariem suas próprias “jurisprudências dominantes.”²⁶

No mesmo sentido, segundo Adalberto Hommerding , é preciso que se denunciem as reformas legislativas *ad hoc*, que têm levado, sistematicamente, à concentração do poder nos tribunais superiores. É nesse aspecto que se faz presente um dos problemas do acesso à justiça, sonhando a partir de mecanismos como os constantes no art. 557 do CPC, “monocratizando” as decisões de segundo grau, que impedem o acesso aos tribunais superiores. O referido artigo transfere a competência originariamente dada ao colegiado para um relator, ímpar, a fim de fulminar a demanda com alto grau de subjetividade.²⁷

Ademais, quanto ao rito procedimental atualmente vigente na legislação processual brasileira, observações, no que tange à influência racionalista e liberal, também não de serem feitas. Eis que este é o caminho de exercício natural da atividade jurisdicional, perfazendo-se também mecanismo encontrado pelo legislador para, ao mesmo tempo, abrigar alguns dogmas inautênticos que foram se agregando na construção do pensamento jurídico moderno e garantir a formalmente uma objetividade no resultado. Constata-se, pela forma como foi concebido, que o procedimento ordinário - fase a fase²⁸ - revela-se expoente de ordinariedade, tendo como principais postulados a necessidade de uma cognição exauriente e um intocável contraditório prévio, ritualístico, cartesiano, como forma única de atingir a verdade, revelada na sentença.

Na linha do direito liberal, o juiz, para não representar ameaça à liberdade dos cidadãos, deveria julgar após ter encontrado a “plena certeza jurídica” ou a “verdade”. Como a “busca a verdade” é uma quimera, já que toda “certeza jurídica”, na perspectiva gnosiológica, sempre se resolve em mera verossimilhança, a ideia de “busca da verdade” encobria o fato de que o juiz pode errar e, até mesmo, a obviedade de que o juiz possui valores pessoais e uma vontade inconsciente que, na maioria das vezes, ele próprio não consegue desvendar. De qualquer forma, o procedimento ordinário clássico era uma garantia da pretendida “neutralidade” do juiz, ou, melhor, uma garantia de que o juiz somente poderia julgar após estar “iluminado pela verdade”.²⁹

²⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 398.

²⁷ HOMMERDING, Adalberto. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria Editora do Advogado, 2007. p. 277.

²⁸ Vide arts. 282 a 475 do Código de Processo Civil Brasileiro.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**, 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82.

Não se pugna, de maneira alguma, eliminação total da ordinariedade como saída ao processo civil brasileiro do século XXI, mas sua adequação aos ditames expostos pelo direito material, uma vez que é em prol deste último que se materializa a função de ser do direito processual. As novas espécies de direitos emergentes, juntamente com a eclosão de pretensões transindividuais do segundo pós-guerra, por exemplo, acarretam a necessária edição de normas procedimentais diferenciadas, com certa flexibilização no grau de sua cognição e diferenciação de seu contraditório prévio, conforme se verá mais adiante.

Por outro lado, já no que tange à variedade de procedimentos, o Código de Processo Civil Brasileiro, por exemplo, confere uma proteção especial à propriedade, à posse e ao crédito³⁰, deixando evidente sua característica individualista, patrimonialista e mantenedora de riqueza sempre priorizando a classe dominante economicamente, indelével resquício trazido lá do século XVII. Conforme se verá mais adiante, em que pese a importância dessas espécies de procedimentos, necessária é a reformulação da concepção de processo, de modo a materializar o texto constitucional sob outro aspecto, qual seja, a efetivação de direitos e garantias fundamentais. Referidos bens jurídicos, em um Estado Democrático de Direito, devem ocupar lugar de predominância frente aos anseios materialistas ora vigentes, o que, de fato, não ocorre no sistema processualista brasileiro.

Nesse sentido, fazendo menção à releitura sofrida pelo direito processual civil, se posiciona Dierle Nunes:

O processo civil clássico foi idealizado para dimensionar conflitos privados e individuais (prioritariamente para questões envolvendo a propriedade, relações contratuais, família e sucessões). No entanto, na atualidade, após a Constituição Cidadã de 1988, e da assunção efetiva de garantias de acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e do devido processo legal (art. 5º, LIV), tornou-se uma garantia do cidadão para viabilizar a obtenção de direitos fundamentais, permitindo que a litigiosidade coletiva e serial (repetitiva), especialmente a litigância de interesse público (*Public interest litigation*³¹), fosse submetida ao Poder Judiciário.³²

Portanto, o direito processual civil vigente não pode ficar preso aos ditames racionalistas do séc. XVII, em que, além da utilização do direito como mecanismo de manutenção do poder, a

³⁰ Vide arts. 920 e seguintes a respeito da Ação Possessória; arts. 982 e seguintes a respeito do Inventário e Partilha; arts. 1.046 e seguintes a respeito dos Embargos de Terceiro; e arts. 1.102-A e seguintes a respeito da Ação Monitória.

³¹ Expressão utilizada na literatura jurídica norte-americana para designar aquelas situações nas quais o direito é relacionado ao interesse de uma coletividade em oposição àquelas normas de interesse individual. Algumas vezes, também é utilizada com maior amplitude, para indicar a advocacia em defesa dos necessitados e a defesa de interesses minoritários na sociedade.

³² NUNES, Dierle. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 32.

cognição exauriente e o contraditório prévio eram requisitos elementares - e nessa influencia ao nosso sistema ainda são - para se desvendar a verdade sobre cada caso concreto. O primeiro deles, indubitavelmente é responsável pelo aprisionado do juiz ao procedimento, impossibilitado de efetivar direitos incompatíveis com tal, e o segundo impede uma tutela mais efetiva, rápida e eficaz ao sujeito ativo da relação processual.

Assim, consubstanciando-se cerne para o presente trabalho, essa readequação necessária do sistema jurisdicional aos valores e ideais constitucionais, com a inerente preocupação de se tutelar os novos direitos oriundos principalmente do pós-segunda guerra mundial, figura-se como protagonista do caminho de adaptação e vitalidade do direito processual civil no século XXI. É preciso haver uma compatibilização do direito formal, com as peculiaridades de urgência e extensão advindas do direito material emergente, de modo que uma série de desafios democratizantes, neste momento, sejam lançados à jurisdição processual civil na tentativa de readequá-la às complexas demandas que a exigem uma tutela satisfatória.

2. PROCESSO E CONSTITUIÇÃO: CAMINHOS DE (RE) APROXIMAÇÃO

No presente esboço, frente ao que foi dito anteriormente, então, são propostos desafios, que nada mais é do que um ponto de questionamento tendente a alcançar uma remodelagem da jurisdição processual civil que por ora vige. Tal provocação, com o fito sempre mediato de, através da processualística, buscar-se a melhor e mais adequada tutela jurisdicional, se consubstancia na possibilidade de constitucionalização da jurisdição processual civil como condição de possibilidade para se chegar a um processo mais efetivo e democrático, principalmente aos direitos sociais, coletivos, de meio-ambiente, por exemplo, tidos como incongruentes ao atual paradigma processual.

Tal análise, diga-se de passagem, não surge de forma autônoma ou descabida, mas está atrelada aos próprios ditames oriundos da força normativa da Constituição. Isso, pois, em meio ao contexto global atualmente evidenciado no âmbito do direito, no qual o protagonismo judicial ganha relevante importância em prol da efetividade do texto constitucional³³, é suprema a necessidade que exista um direito processual alinhado ideologicamente a tal paradigma vigente. Se não fosse assim, estaríamos fadados ao retrocesso. A previsão de um direito

³³ Ante a inércia e omissão legislativa, demandas tratando-se de direitos fundamentais são levadas aos tribunais a fim de que possam ser implementadas: vide ADPF nº 54 - que trata do aborto de anencéfalos - e ADPF nº 132 e ADIN nº 4.277 - as quais tratam da união estável por pessoas do mesmo sexo.

processual programático, vagaroso e não efetivo, remeteria todas as evoluções alcançadas no âmbito constitucional lá para os primórdios do positivismo, em que a prenúncio legislativo era tido como um fim em si próprio.

Com efeito, leciona Dierle Nunes:

Nos termos postos, não se torna mais possível pensar no processo civil em perspectiva dogmática e técnica, eis que, além de permitir a resolução de conflitos privados, ele se presta a viabilizar o exercício de direitos fundamentais. Ademais, não se pode mais realizar interpretações do sistema processual sem tomar por base o “modelo constitucional de processo” e sem perceber que além de se buscar a eficiência (geração de resultados úteis) há se de buscar uma aplicação que implemente a percepção dinâmica das normas constitucionais, lidas de modo a permitir participação e legitimidade em todas as decisões proferidas.³⁴

Assim, diante das constatações traçadas no tópico anterior, elucidando os traços liberais que ainda afetam o direito processual civil brasileiro como um todo, se faz frutífero questionar, então, alguns possíveis desafios para constitucionalizar a jurisdição processual civil. Tal análise partirá do apontamento de prováveis incongruências, marcantes no seio do ramo processual, com o cenário constitucional vigente e com as novas pretensões coletivas, previstas na Carta Política, advindas da evolução da sociedade no século XXI.

2.1 A atuação legislativa e judiciária como condição de possibilidade para o protagonismo constitucional na jurisdição processual civil

Como é sabido, o processo³⁵ tem vínculo direto com os fins da jurisdição e com os direitos dos cidadãos, assumindo inegável papel de mecanismo de exteriorização da ideologia estatal que prepondera³⁶. Assim, no atual Estado Democrático de Direito deve caracterizar-se por seu caráter transformador, sendo relegado a instrumento de pacificação, efetividade social e protetor de direitos fundamentais³⁷.

³⁴ NUNES, Dierle. op. cit., 2011., p. 37.

³⁵ No presente trabalho, os conceitos de processo de procedimento não se confundirão. Para “Processo”, ter-se-á a noção de meio pelo qual se vale o Estado para cumprir a função jurisdicional, sendo, assim, o instrumento da jurisdição. Já o “Procedimento” considerar-se-á o conjunto de atos concatenados, de que se constitui o processo, esteado em disposições legais e que dizem respeito à forma, à sequência, ao lugar, e à oportunidade.

³⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**, vol. 1 - 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 34.

³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Processo Civil brasileiro: no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 02.

Conforme se evidenciou nos primeiros capítulos deste trabalho, a eclosão da visão neoconstitucionalista, aplicável à teoria do direito existente, permitiu que o magistrado atribuísse valor ao caso concreto, outorgando efetividade em contraprestação ao que se tinha no Estado Liberal. Sob o aspecto processual, essa ideia assume relevante importância: ante à natureza fundamental de um direito, seja ele individual ou coletivo, é necessário dar outros contornos ao exercício jurisdicional existente, de modo a aperfeiçoá-lo às contingências do tempo, mediante atividade, por lógica, legislativa, ou até mesmo judicial.

Nesse sentido, a Constituição, assumindo o papel de protagonista e propulsora de todo o sistema, tanto ideológico, como jurídico, torna-se parâmetro necessário de uma releitura paradigmática para toda processualística civil. Segundo Adalberto Hommerding, inserido na tradição liberal-individual-privatista e normativista, própria do Estado Liberal, o processo civil pátrio, em pleno Estado Democrático de Direito, não tem sido efetivo, na medida em que sua instrumentalidade não foi desvelada. Pontua o autor, na sequência, que o processo civil ainda não consegue atender à realização dos direitos fundamentais, na medida em que a estabilização jurídica que propicia é uma segurança voltada para o passado, sem qualquer compromisso com o presente ou com o futuro. Numa sociedade caracterizada pela rapidez das trocas econômicas, pelo risco pelas incertezas, o compromisso de tal ramo deveria ser com a efetividade, conciliando celeridade e segurança.³⁸

Nessa toada, segundo Eduardo Moreira, essa necessária readequação aos ditames constitucionais perpassa por três diferentes âmbitos: o legislativo, o judicial e o político-social:

Hoje se pode afirmar que toda interpretação jurídica é interpretação constitucional. Foi justamente essa força invasora que possibilitou o fenômeno da constitucionalização do direito, isto é, todos os campos jurídicos estudados, a partir das suas regras e diretrizes constitucionais, e enquadrados nos princípios e objetivos da Constituição. Esse aspecto da Constitucionalização é trifásico, compreendendo: (a) legislativo (produção e renovação das leis a partir das diretrizes constitucionais); (b) judicial (a decisão leva sempre em conta as normas constitucionais, em especial os princípios jus fundamentais); e (c) nível político-social (em um nível ainda não alcançado por aqui, de conscientização da sociedade civil dos valores e metas traçados na Constituição).³⁹

Assim, sem apresentar um esgotamento do tema, a partir de uma análise de contrapontos, observar-se-á que a constitucionalização da jurisdição processual civil, e o conseqüente atendimento mais efetivo aos direitos fundamentais oriundos da modernidade, perpassa por três pontos: a) a postura legislativa, com um realinhamento do procedimento

³⁸ HOMMERDING, Adalberto N. op. cit., 2007, p. 90.

³⁹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. op. cit., 2008, p. 27.

processual vigente; b) a postura político-social, visando fortalecer o regime democrático, e; c) a postura judicial, na intenção de efetivação do que advir expresso diretamente na Carta Magna. Através das linhas que seguem, procurar-se-á evidenciar a contribuição de cada um destes pontos elencados para obter-se uma aproximação entre a jurisdição processual civil e a Carta Política da Nação, sem prejuízo, contudo, de advertir que não existe uma única linha teórica para explicar as relações do direito processual civil com a Constituição Federal.

Inicialmente, assim, a fim buscar uma compatibilização da jurisdição processual civil à Carta Magna de 1988, através de um apriorismo, percebe-se que um dos desafios ao seu desenvolvimento no século XXI, está no realinhamento do procedimento processual vigente, sobretudo o conhecido rito comum ordinário.⁴⁰ Isso, porque, conforme já se evidenciou nas linhas anteriores, o caminho do processo civil no século XXI está na efetividade. De modo contrário, a existência de um rito metódico, preso a fases estanques de cognição, distancia o juiz/intérprete das especificidades do caso concreto, contrariando a dinâmica aflorada na presente quadra da história, na qual a compreensão jurisdicional de todos os meandros que circundaram a lide, sempre tendo por base a proteção, em sentido amplo, dos direitos fundamentais, faz-se imprescindível.

A título de exemplificação, Adalberto Hommerding, questiona: como explicar ao cidadão, detentor de um direito, que este mesmo direito só poderá ser realizado daqui a alguns anos, apesar de ter ficado demonstrado no processo que é ele quem tem razão? Ou, como explicar que a sentença, em que pese ter condenado seu adversário a lhe pagar, ainda não deu o direito que pretende, podendo, a mesma, ainda ser “embargada”? Ou pior, como explicar que, segundo o “entendimento majoritário” ou a “jurisprudência dominante”, o seu recurso não será analisado por quem deveria ser? Ou, por fim, que o juiz adotou a “corrente forte” do Tribunal e desconsiderou a singularidade do seu caso.⁴¹

Assim, considerando os malefícios de um processo judicial não efetivo, com um alto preço àquele que vem a juízo e não recebe com atualidade a satisfação de sua pretensão resistida, e levando em conta essa nova perspectiva, na qual é necessária uma releitura constitucionalizadora do processo civil brasileiro, primeiramente, vislumbra-se a necessidade de redimensionamento do rito processual. Tal iniciativa, hoje, deriva da discrepância, já mencionada, entre o que se tem hoje na legislação processual e as necessidades oriundas da vida moderna. Nesse mesmo sentido, a respeito do assunto, leciona Jânia Maria Lopes Saldanha:

⁴⁰ Vide arts. 282 a 475-R do Código de Processo Civil Brasileiro.

⁴¹ Ibid., p.95-96.

Admitindo-se que nenhum direito pode ser absolutizado, a situação pode ter outro enfoque ao se agregar à própria noção de cidadania um sentido substancial. No lugar dos pobres limites das relações obrigacionais, o que a Jurisdição tem recebido são demandas em que, na ordem do dia, estão reivindicações ligadas aos direitos humanos de segunda e terceira geração, como moradia, saúde, educação, proteção ao meio ambiente, direitos das minorias e tantas outras categorias de direitos que impõe uma diversa perspectiva de proteção jurisdicional para serem atendidas com eficácia.⁴²

Tal afirmação acima não está desprovida de razão, uma vez que se está, atualmente, conforme já explorado, diante de um direito processual civil calcado na figura do rito ordinário- plenário, o qual tradicionalmente afasta o juízo do caso concreto, fazendo com que sua percepção se dê “fase a fase”⁴³, gradativa e, por consequência, sem uma compreensão conjunta com a aplicação do direito. Não seria de melhor alvitre deixar que um procedimento de contraditório prévio e cognição exauriente, calcado no ideário individualista, fosse o caminho de implementação de uma série inovadora de direitos sociais fundamentais, destinados à proteção do gênero humano, como o são, o meio ambiente, a autodeterminação dos povos, ao direito de comunicação e ao direito derivado das relações de consumo.

Desse modo, o que se pretende apontar aqui, salvo melhor juízo, é a necessidade de construção, via alteração legislativa, de espaços de sumarização processual, consistentes na abertura de um momento no iter procedimental, ainda na fase postulatória, em que, mediante exacerbação da oralidade, se possa garantir prerrogativas equânimes para autor e réu, com a necessária e imprescindível aproximação do intérprete/juiz às circunstâncias pulsantes do caso concreto⁴⁴. Trabalha-se aqui, com um contraditório concomitante e diferido, de maneira muito semelhante à justificação prévia, oriundas das Ações Possessórias⁴⁵ de posse nova⁴⁶, prevista no atual código de processo vigente.

Da mesma forma que o atual Código de Processo Civil, publicado em 1973, protege a posse, conferindo um procedimento especial voltado aos interesses do detentor do bem

⁴² SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil** - a sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011. pg. 204.

⁴³ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 86.

⁴⁴ Proposta parecida foi elaborada por Cristiano Becker Isaia, o qual teceu considerações sobre ser possível se pensar em novos loci processuais sumarizados, relacionados a um Judiciário difundido, que aprenda a reconhecer as diferenças através de um poder compartilhado por todos os sujeitos do processo, numa funcionalidade compatível às exigências constitucionais, tanto no que se refere a seu conteúdo substancial quanto o que toca ao respeito às garantias processuais constitucionais. In ISAIA, Cristiano Becker. op. cit., 2010, p. 128.

⁴⁵ Vide art. 920 e seguintes do Código de Processo Civil.

⁴⁶ Terminologia dada às Ações Possessórias propostas a menos de um ano e dia da turbação ou do esbulho.

esbulhado, por exemplo, após a promulgação da Carta Política de 1988, é imperiosa a edição de procedimentos análogos, porém, aptos a tutelar os intentos supremos da “nova” Constituição, quais sejam, os seus direitos e garantias fundamentais, sejam estes individuais ou coletivos. Tal proposição, sem dúvida, representa uma real adequação do processo civil aos ditames constitucionais vigentes, uma vez que valorizaria a dignidade da pessoa humana, o amplo e eficaz acesso à justiça, a tutela jurisdicional, em tese, mais efetiva, e a própria democracia, tendo em vista a aproximação, ainda que indireta, das partes envolvidas com a fonte do poder estatal.

Um Estado que resista em abandonar a ideologia liberal, contentando-se com uma prestação jurisdicional exclusivamente embasada no modelo processual inspirado no individualismo e no liberalismo que marcaram indelevelmente o século XIX, sem nenhum comprometimento com a garantia do acesso à justiça, e que dependa de antiquadas e obsoletas estruturas institucionais, será impotente relativamente ao anseio do alcance da justiça social e jamais viabilizará a formação do verdadeiro Estado Democrático.⁴⁷

Ainda, nessa intenção de se pensar a elaboração legislativa de um procedimento diverso, com encurtamento de suas fases e mais preocupado com a efetivação dos valores constitucionais, é a contribuição de Luiz Guilherme Marinoni:

Para tal análise é evidentemente necessário identificar o fundamento do procedimento diferenciado, ou melhor, a necessidade de se restringir a alegação do réu para se permitir a tutela do direito. O direito material que está sendo tutelado de forma diferenciada deve justificar a restrição da defesa. Essa restrição deve encontrar amparo na necessidade de tutela dos direitos e na Constituição Federal⁴⁸

É importante, todavia, deixar frisado que qualquer diferenciação procedimental, de cunho legal, há de estar atrelada aos valores e regras previstos na Constituição Federal, nos termos da citação acima. Deve ser algo de pertinência clara e direta aos ditamos da Carta Política⁴⁹. Senão, são os dizeres de Celso Bandeira de Mello acerca do mesmo assunto:

⁴⁷ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à justiça - juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2000, p. 17/18.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2012. p. 455.

⁴⁹ Embora não tratar-se de diferenciação procedimental, importante destacar aqui a previsão contida na lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, a qual prevê no seu art. 6º, inciso VIII, “a *facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*”. Tal regramento vai ao encontro no previsto na Constituição Federal, em seu arts. 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V.

Não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexos entre a diferença e um consequente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.⁵⁰

Pelo que até aqui se constata, em que pese a garantia assegurada constitucionalmente do contraditório⁵¹, surge a necessidade lógica de sopesar-se a segurança jurídica propiciada pela cognição exauriente, com a efetivação imediata na tutela de um direito fundamental, social ou não, de modo que o primeiro não fulmine o segundo. Em outras palavras, busca-se a compatibilização legislativa de um direito processual civil às contingências históricas de tempo e lugar, no qual o contraditório prévio e a ampla defesa devem permanecer ligados a essas influências. A adequação social e temporal destas duas pilstras, no campo processual, é fator preponderante para a maleabilidade do próprio procedimento processual comum.

Apenas a reformulação desta ordinariedade - procedimento plenário-cognitivo - vigente, acompanhada da reestrutura da própria concepção de processo, jurisdição e relação processual, é que podem acarretar a devida e esperada constitucionalização do processo civil brasileiro⁵². Tal assertiva se justifica na medida em que jurisdição efetiva simboliza garantia de uma constituição pujante, a qual, por seu turno, representa uma democracia fortalecida. A ineficiência ou inefetividade da tutela jurisdicional provoca, ato contínuo, a própria descrença nos poderes do Estado e na própria disposição presente no ordenamento vigente, de modo a também acarretar reflexos na força da democracia.

Com base nessa conclusão, todavia, constata-se que não só da reformulação legislativa do procedimento processual é que depende a constitucionalização e, consequente efetivação, da jurisdição civil no século XXI. Existe, com efeito, outro ponto a ser explorado no âmbito de

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade - 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 41.

⁵¹ Constituição Federal, art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2012, p. 412.

constitucionalização da jurisdição processual: a postura político-social, a qual, em outras palavras, resultará na atribuição de um papel contramajoritário⁵³ ao direito processual civil.

Pois bem. Considerando que democracia perfaz-se o sistema de governo proporcionado pela vontade geral do povo, ou melhor, da maioria do povo, questiona-se de que forma as minorias aqui podem ser alcançar a tutela protetiva de seus interesses na medida em que todo o aparato é constituído pela vontade maior. Aqui, surge, de antemão, a figura do direito processual civil, como mecanismo de provocação da tutela judicial, apta a resguardar e tutelar aqueles interesses que, não envolvidos nas pautas do legislativo - eleito pela maioria - podem ser efetivados pelo Poder Judiciário.

Com bastante clareza, dispõe Dierle Nunes a respeito do assunto:

Em um Estado Democrático de Direito, percebe-se que “democracia” e “constitucionalismo” devem andar lado a lado, em relação de tensão, sob pena de que a prevalência de um sem o outro acabe gerando ditadura. A democracia trabalha com a ideia de maiorias: temas são apresentados a e maioria dos votantes elege a opção vencedora. A Constituição, por outro lado, funciona como repositório de direitos fundamentais de que minorias podem se valer para se defender contra pretensões da maioria.⁵⁴

Nesse viés, diante da necessidade de judicializar tais interesses, a fim de que realmente sejam alcançados, o processo deve ser algo dotado de efetividade, em que a decisão judicial de caráter satisfativo possa resguardar os bens jurídicos envolvidos, no menor lapso de tempo possível. Se não fosse assim, dentro do regime democrático, a maioria gozaria de respaldo imediato - lei -, enquanto a minoria arcaria com o ônus de um processo judicial vagaroso e, portanto, não efetivo. Por essa conclusão, sob a ótica político-social, o processo civil efetivo guarda sim estreita relação com a força democrática do Estado, mediante o cumprimento seu papel, por evidência, contramajoritário.

A jurisdição constitucional representa a grande invenção contramajoritária, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia. Caso contrário, se a jurisdição constitucional não existisse ou não detivesse os poderes que tem, ficando a maioria democrática na incumbência de afirmar a prevalência concreta de direitos em colisão, ter-se-ia que negar a ideia

⁵³Cita-se como exemplo o julgamento da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ: Ao decidir que a união estável homoafetiva tem regime jurídico de entidade familiar, o STF assegurou a uma parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, criando uma demonstração fático-jurídica de implementação do princípio constitucional da isonomia, e garantindo a implementação de direitos fundamentais em favor de um grupo minoritário de pessoas.

⁵⁴ NUNES, Dierle. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 32-33.

de que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria e questionar a própria razão de ser dos mesmos direitos fundamentais.⁵⁵

Ademais, importante é a contribuição de Adalberto Hommerding, para quem a democracia possui dois significados distintos, um representado pela “democracia formal” e outro pela “democracia substancial”. Sendo que, no âmbito do Direito, a “democracia substancial” dá-se pela realização dos direitos e garantias fundamentais por meio do processo judicial, que é o instrumento do Poder Judiciário (condição de possibilidade para o exercício da jurisdição) para a efetivação desses direitos, sendo ele mesmo um direito e uma garantia fundamental.⁵⁶

Exatamente no mesmo sentido, novamente complementa Dierle Nunes:

No atual estágio do Direito na América Latina, o campo processual, sem dúvidas, é um daqueles que suscita maiores digressões em face do fenômeno da judicialização de inúmeras temáticas (submissão ao Poder Judiciário) e pela utilização do processo para viabilizar uma jurisdição com função contramajoritária e como espaço institucional para aqueles que não conseguem ser ouvidos nas arenas institucionais majoritárias (parlamento e executivo).⁵⁷

Logo, pelo que se constata, a efetividade obtida através do processo judicial, sobretudo em uma decisão jurisdicional coerente e contundente, acarreta seus reflexos na própria força da democracia, na proporção em que garante o atendimento às pretensões tanto das maiorias, como das minorias. Assim, volta-se a reforçar o dito anteriormente: a Constituição só é forte, se houver democracia forte, a qual, por sua vez, somente se legitima mediante um processo judicial efetivo.

[...] A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. [...] Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. [...] A Constituição não pode, não deve nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária. [...]⁵⁸

Por fim, passados os argumentos legislativos e político-sociais, desloca-se a atenção, ainda que brevemente, para a atuação do poder judiciário como fator integrante no processo de constitucionalização da jurisdição processual civil no século XXI. Tal análise, conforme se evidenciará nas linhas que seguem, novamente tendem a reforçar a força normativa da Constituição no Estado Democrático de Direito.

⁵⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 205.

⁵⁶ HOMMERDING, Adalberto N. op. cit., 2007, p. 69.

⁵⁷ NUNES, Dierle. op. cit., 2011, p. 32.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. op. cit., 2010, p. 89-90.

Contemporaneamente, tal assunto a respeito dessa preocupação na efetivação dos direitos fundamentais-sociais previstos na Constituição e do papel de sua força coercitiva passa pela percepção ou embate de dois eixos teóricos: de um lado, as teorias materiais-substancialistas, e do outro, as teorias processuais-procedimentalistas. Enquanto as primeiras defendem uma atuação mais efetiva da justiça constitucional, frente à omissão dos poderes Legislativo e Executivo, e à inefetividade dos direitos substantivados na Constituição, as segundas combatem a judicialização da política, chegando a se contentar com uma Constituição apenas limitadora de poder, e não implementadora de direitos.

É importante frisar que, está-se sempre convicto de que a efetivação dos direitos sociais-fundamentais previstos pela Carta Magna são escopos para a manutenção da própria democracia e, indiretamente, motivos para um aperfeiçoamento do sistema processual civil. Nessa senda, se faz evidente que a desjuridificação (tese processual-procedimentalista) favorece a manutenção dos privilégios e desigualdades, não concretizando a Constituição, uma vez que não há ampliação do espaço para a cidadania. Do mesmo modo, leciona Lênio Streck aduzindo:

Assim, entendo difícil sustentar as teses processuais-procedimentais em países como o Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida, passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição.⁵⁹

Não se está aqui pregando o ativismo judicial em prol da substancialização dos direitos fundamentais, tampouco apontando qual dos eixos teóricos é o mais democrático. O que se afirma é que a defesa da própria democracia, dos direitos fundamentais e do núcleo político essencial da Constituição são aspirações de ambos os eixos, embora o percurso seja diferente devido ao comprometimento com paradigmas filosóficos distintos.

Todavia, partindo-se para a inclinação à corrente substancialista, de antemão, nesse cenário de jurisdição processual efetiva e “constitucionalizada”, desponta, sem dúvida, a figura assumida pelo julgador, pois, uma vez ultrapassada aquela postura metodológica e neutra oriunda do século XVIII, espera-se atualmente do magistrado a interpretação constitucional adequada ao alcance da justiça. A busca pela decisão judicial apta a colocar a Constituição Federal como protagonista da lide é o caminho a ser percorrido pela jurisdição do século XXI, sendo, nesse contexto, imperioso um exercício axiológico - substancial - da atividade jurisdicional por parte do magistrado.

Com a democracia social intensificou-se a participação do Estado na sociedade e, por consequência, a atuação do juiz no processo, que não deve mais estar apenas

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. op. cit., 2011, p. 85.

preocupado com o cumprimento das “regras do jogo”, cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir: i) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real, ii) a justa aplicação das normas e direito material, e iii) a efetividade da tutela dos direitos, já que a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, tornou-se incompatível com a evolução do Estado e do direito.⁶⁰

Nesse sentido, abarcando ainda a tutela dos direitos sociais, são as palavras do sempre lembrado Mauro Cappelletti:

O papel do juiz não pode, absolutamente, limitar-se a decidir de maneira estática o que agora é legítimo e ilegítimo, justo ou injusto. Ao contrário, constitui frequente responsabilidade do juiz decidir se determinada atividade estatal, mesmo quando largamente “discricionária”, está alinhada com programas prescritos pela legislação social e pelos direitos sociais. Assumir essa postura significa assumir que o Estado Democrático de Direito “pede” e “determina” que o juiz promova os direitos sociais. O juiz não é um “gendarme”, mas um promovedor.⁶¹

Com efeito, detém-se na simples constatação de que o Poder Judiciário, atualmente no Estado Democrático de Direito, assume um protagonismo institucional de maior monta do que os outros dois poderes constituídos. Segundo o professor Cristiano Isaia, é por tal motivo que o exercício da jurisdição deve ser mecanismo de instrumentalização e efetivação dos valores expressados no texto da Constituição Federal.⁶² Sob esse papel assumido pela jurisdição, de implementadora de direitos na atual conjuntura constitucional, critica Adalberto Hommerding:

O Poder Judiciário do Brasil, no entanto, pensado na modernidade, cujas promessas ainda não foram efetivadas no país, juntamente com o Estado, está em crise, pois vem perdendo legitimação como Poder. Essa perda de legitimidade do Judiciário decorre diretamente de sua ineficácia como instância de resolução de conflitos, principalmente daquelas demandas sociais, coletivas, que surgem com o Estado Social, e da incapacidade de seus juizes de compreender adequadamente o que significa o Estado Democrático de Direito e quais as implicações da Constituição no processo de aplicação do direito, que, no Estado Democrático de Direito, tende a ser uma conduta pautada em critérios adequados ao conteúdo material da Constituição, isto é, aos direitos e garantias fundamentais. Os direitos e garantias fundamentais, assim, estão ligados diretamente à noção de Constituição, Estado Democrático de Direito e democracia. Ao se fragilizar a Constituição, ao não se aplicá-la, fragilizam os demais.”⁶³

Isso, com certeza, exige da jurisdição uma nova forma de atuação, mais lapidada aos interesses democráticos e sempre vinculada a efetivação dos direitos fundamentais por essência

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit., 2012. p. 422.

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes irresponsáveis**. Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 18-22.

⁶² ISAIA, Cristiano Becker. op. cit., 2010, p. 226.

⁶³ HOMMERDING, Adalberto N. op. cit., p. 40.

constitucionalizados⁶⁴. Aqui, abre-se campo para discussões mais profundas sobre a real postura a ser assumida pelo Poder Judiciário, levando sempre em consideração a capacidade de efetivação dos anseios constitucionais⁶⁵. Corroborando para o que se trata nessa obra, são as palavras sempre bem vindas de Dierle Nunes:

O próprio papel do Poder Judiciário necessita ser revisado, em face do aumento de sua participação em esferas políticas e da necessária contraposição entre vertentes ativistas e minimalistas (de autorrestrrição) na aplicação do Direito, porque tanto umas quanto outras não promovem adequadamente os direitos fundamentais, pois partem ora das virtudes diferenciadas (e pessoais) dos magistrados, ora acreditam numa neutralidade judicial mediante a objetivação dos conteúdos a serem aplicados.⁶⁶

Ao atribuir valor à postura judicial, fica evidenciada, sobretudo, a importância suprema do necessário comprometimento do direito, como um todo, e não somente o processual civil, com o regramento estabelecido na Constituição Federal. Sem dúvida, a reestruturação do

⁶⁴ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABRIGOS PARA MORADORES DE RUA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Incabível o recurso extraordinário quando as alegações de violação a dispositivos constitucionais exigem o reexame de fatos e provas (Súmula 279/STF). **Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais.** Precedentes. Agravo regimental desprovido”. (RE-AgR 634.643, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 13.8.2012) (grifei)

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção. 2. **O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.** 3. Agravo regimental não provido” (RE-AgR 417408, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 26.4.2012) (grifei)

⁶⁵ Como simplório exemplo, vide Agravo Nº 70057322281, julgado pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, em 27/11/2013: “em observância ao **princípio da máxima efetividade da Magna Carta**, ou seja, o dever do Estado em promover o bem-estar social, pelo qual se conferem às normas constitucionais sentido amplo de eficácia, ou operacionalidade prevalente”, a autoridade julgadora garantiu o atendimento de aluno portador de necessidade especial em escola pública. Atente-se para o trecho abaixo, exposto na referida decisão: “**De resto, não há cogitar óbice à realização da garantia constitucional em comento em razão de meras alegações relativas à ausência de previsão legal ou orçamentária. É incumbência do Poder Judiciário reparar lesão, ou a ameaça a direito, ou suprir omissão (art. 5º, XXXV, CF), no caso vertente, a negativa do réu em disponibilizar profissionais habilitados (monitores) para o acompanhamento dos alunos portadores de necessidades especiais.**

Logo, merece confirmação a sentença recorrida, propiciando a inclusão prática e não apenas teórica das crianças e dos adolescentes portadores de necessidades especiais, garantindo-lhes da melhor e mais isonômica forma possível o acesso à educação.”(grifei).

⁶⁶ NUNES, Dierle. op. cit., 2011, p. 62.

direito, da atuação judicial e, via de lógica, do direito processual civil em prol dos ditames elencados na Constituição Federal de 1988 é a medida que se impõe, independentemente da tradição em que cada um destes últimos está inserido⁶⁷.

Oportunamente, colocar apenas no Poder Judiciário a solução para a crise do processo civil é tolice. O Poder Legislativo, em um Estado de Direito, assume notável responsabilidade, pois representa verdadeiramente, a princípio, os interesses e vontades das maiorias, a vontade geral - sua atuação é inevitável -. Cabe então aos legisladores criarem condições para que o processo tenha efetividade, o problema é quando esta lei abriga interesses escusos, ou, em outras palavras, está a serviço da manutenção de um “poder invisível”, o qual comanda as ações governamentais.

Ademais, a convergência de esforços estatais, tanto por parte do Poder Legislativo, quanto do Poder Judiciário, é elementar à implementação de uma jurisdição processual eficiente. Nesse sentido, refere Cristiano Becker Isaia que “a plataforma político-jurídica do Estado Democrático de Direito exige que se pense em uma espécie de aproximação funcional dos poderes na realização de um projeto efetivamente solidário.”⁶⁸ Assim, essa intersecção entre os poderes estatais opõe-se à clássica divisão absoluta evidenciada na Europa nos séculos XVII e seguintes, fazendo com que, na atual quadra da história, o Poder Judiciário deixe de ser mero declarador da lei e assuma, juntamente com o Executivo, o papel de agente ativo no âmbito de protagonismo da Constituição Federal.

Logo, o direito processual, como ciência atrelada à historicidade, permeável pelas contingências evolutivas próprias sociedade, como verdadeiro produto desta, há de estar em consonância com esta, pois de nada adianta a provisão formal de uma gama de direitos, inclusive estes alicerçados na base democrática do Estado, sem termos um direito processo civil mergulhado do mesmo paradigma. Justamente, esta constitucionalização do referido ramo do

⁶⁷ Embora não seja objeto de discussão neste trabalho, nessa toada evolucionista do direito processual civil, importa-se destacar que, diante da emergência de direitos difusos, e sua conseqüente tutela, aumenta-se vertiginosamente a potencial atuação do Poder Judiciário nas lides a ele propostas. Isso se justifica na medida em que os institutos processuais existentes atualmente, como os limites subjetivos da coisa julgada, competência de julgamento, direito subjetivo, litisconsórcio facultativo ou necessário, perempção, litispendência, ou seja, todos aqueles que guardam certa correspondência com a legitimidade *ad causam*, oferecem, e na mesma oportunidade necessitam, de uma flexibilização/ajuste por parte do intérprete diante do caso concreto que envolva direitos de grupos indetermináveis, com uma dinâmica no rol de interesses legítimos afetados.

⁶⁸ ISAIA, Cristiano Becker. op. cit., 2012, p. 162.

direito, seja mediante uma readequação legislativa ou propriamente judicial, perfaz-se o objetivo que se tentou demonstrar nas linhas antecedentes.

CONCLUSÃO

A partir da elaboração do presente trabalho, constatou-se que existem, de fato, mazelas deixadas pelo sistema processual civil vigente, principalmente se comparado diretamente com a carga valorativa trazida pela Constituição Federal de 1988, uma vez que sua jurisdição está imersa em um déficit de realidade, oriundo principalmente da supervalorização do processo de conhecimento e seu corolário rito ordinário (por natureza, plenário e declaratório). Tal procedimento, ideologicamente, vem mantendo o processo no interior da tradição liberal preconizada no século XVII e exaltando, sem dúvida, a obsessão pelo encontro de certezas e verdades eternas no trato de direitos subjetivos individuais.

A referida ideologia, consubstanciada na lei processual, conforme os apontamentos feitos no presente estudo, esconde escopos tiranos, mantenedores de poder, antidemocráticos, que não se coadunam mais com o Estado Democrático de Direito exaltado pela Constituição Federal vigente. Por conta disso, considerando a contemporaneidade vivida pela atual sociedade, verificou-se a necessidade de readequação da jurisdição processual civil a esse novo paradigma constitucionalizado, no qual a solidariedade, a coletividade e a transindividualidade ganham saliência.

Ainda sem um esgotamento devido à amplitude do tema, a análise dos pontos ideologicamente destoantes deu subsistência à propositura de desafios à jurisdição processual civil no intuito de, não só buscar sua compatibilização com a Magna Carta, mas alcançar o trato mais efetivo dos novos direitos emergentes no século XX e seguintes. No ponto, mediante a proposição da adoção de três posturas, quais sejam, *(i)* a legislativa, *(ii)* a político-social, e *(iii)* a judicial, foi possível perceber a existência de potenciais caminhos a fim de promover a aproximação do processo e, logicamente, da própria jurisdição civil, aos valores trazidos pela Carta Política.

Através de uma reformulação procedimental, com a abertura de espaços sumarizados, nos quais haja a supervalorização da oralidade e a participação democrática dos envolvidos, é

que se pode aproximar o direito processual civil dos parâmetros constitucionais vigentes. Sem prejuízo, a adoção de uma postura substancialista por parte do Poder Judiciário, também denota uma preocupação em efetivar as necessidades sociais direcionadas à jurisdição civil, uma vez que o caráter programático da Constituição não pode ser óbice ao cumprimento dos seus anseios.

Ambos os argumentos - de cunho legislativo ou judicial -, com efeito, proporcionam um ganho de efetividade ao processo civil vigente, de modo a fortalecer, indiretamente, o próprio regime democrático, pois a judicialização exponencial advinda do século XX, com sua consequente tutela efetiva, fortalece o atendimento dos anseios representados pelas minorias. Dito isso, essa efetivação jurisdicional faz emergir a função contramajoritária do direito processual civil, fazendo com que o referido ramo formal do direito esteja, ideologicamente, contribuindo para a manutenção do tão sonhado Estado Democrático de Direito.

Logo, o que se pretende é a conscientização de que existem, de fato, desafios à jurisdição processual civil, e que, longe de exauri-los, apenas demonstra-se que o desvendamento destes guarda estreita relação com a adequação aos horizontes constitucionais. Ademais, na senda de revitalização da jurisdição e do processo civil, frente aos direitos emergentes no século XX, fica evidenciado que as ciências derivadas da compreensão não podem nem devem ficar atreladas a juízos cartesianos que desejam torná-las demonstrativas e exatas, como antigamente se quis. A ciência do direito há de estar atrelada ao tempo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL, **Código de Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAPELLARI, Eduardo. **A crise da modernidade e a constituição**: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis**. Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à justiça - juizados especiais cíveis e ação civil pública**: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HOMMERDING, Adalberto N. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade. Curitiba: Juruá, 2010.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Tradução: José Luis Bolsan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade** - 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo**: os desafios para uma cultura cosmopolita. São Paulo: LTr, 2011.

NUNES, Dierle. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição**: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**, vol. 1. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **O Processo Civil brasileiro: no limiar do novo século.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Recebido em: 27.04.2014

Revisões em: 04.06.2014

Aprovado em: 09.06.2014