



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

NICÁCIO ANUNCIATO DE CARVALHO NETTO

**NOVO PARADIGMA TEÓRICO COM ESCOPO EM UM PROCESSO COMO
COOPERAÇÃO JUDICIAL**

Orientador: Msc. Paulo Renato Guedes Bezerra

**NATAL / RN
2014**

NICÁCIO ANUNCIATO DE CARVALHO NETTO

**NOVO PARADIGMA TEÓRICO COM ESCOPO EM UM PROCESSO COMO
COOPERAÇÃO JUDICIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito sob a orientação do Professor Msc. Paulo Renato Guedes Bezerra como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

NATAL / RN

2014

Catálogo da Publicação na Fonte.
UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

CARVALHO NETTO, Nicácio Anunciato de.

NOVO PARADIGMA TEÓRICO COM ESCOPO EM UM PROCESSO COMO COOPERAÇÃO
JUDICIAL/ Nicácio Anunciato de Carvalho Netto. – Natal, RN, 2014.

61f.

Orientador: Profº. M. Sc. Paulo Renato Guedes Bezerra.

Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de
Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Graduação em Direito.

1. Neoconstitucionalismo – Monografia. 2. Garantia constitucional – Monografia. 3. Formalismo-
valorativo – Monografia. 4. Cooperação judicial – Monografia. I. Bezerra, Paulo Renato Guedes. II.
Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 342.7

NICÁCIO ANUNCIATO DE CARVALHO NETTO

**NOVO PARADIGMA TEÓRICO COM ESCOPO EM UM PROCESSO COMO
COOPERAÇÃO JUDICIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: _____/_____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Professor MSc. Paulo Renato Guedes Bezerra – Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Professora MSc. Anna Emanuella Nelson Dos Santos Cavalcanti Da Rocha –
Examinadora
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Professor MSc. Marcus Aurélio de Freitas Barros – Examinador
Universidade Federal do Rio Grande do Norte

*Ao meu pai, João de Deus de Carvalho,
um mestre que me ensinou o
discernimento em passagens difíceis da
vida.*

*À Elizete, esposa do meu pai, pela
paciência e atenção dispendidas.*

*À minha mãe, Tereza Jeanne de Miranda,
uma fortaleza que me abraçou e distribuiu
seu amor.*

*Às minhas irmãs, Anna Gabriela e Maria
Cecília, que são força motriz da minha
caminhada.*

*Ao meu orientador Paulo Renato Guedes
Bezerra que me socorreu quando precisei
de novos caminhos e de confiança.*

AGRADECIMENTOS

Obrigado. É impossível ser feliz sozinho.

Painho, minha esperança maior é que o espelho nunca se quebre. Valeu o incentivo e a inspiração, pois inevitavelmente sua conduta proba e escorreita na vida, em casa e no trabalho, fizeram-me sentir o amor pelo Direito, o desejo pela justiça. Um pai determinado, um amigo fiel, confidente leal e companheiro descontraído, sem você nada disso seria.

Mainha, uma rocha, embora doce, afável e nunca ausente. Que eu consiga conciliar, tal como você o faz, um amor inesgotável pela família e uma dedicação incansável pelo trabalho, que eu possa ser um profissional tão dedicado e apaixonado como você se demonstra, bem como eu possa estar presente, de qualquer forma, próximo à minha família. Sem você nada disso seria.

Gaba, eu amo você. Linda. Minha força para ser alguém do bem e disciplinado é muito por sua conta, pois quero ser um bom exemplo para mim e para você, quero saber que, de algum jeito, fui um irmão maravilhoso, fui o melhor amigo e um parceiro de vida. Conte comigo, assim como conto com você. Sem você nada disso seria.

Maria Cecília, quando você crescer verás quão linda é nossa família, o tanto que o amor existe. Sem você nada disso seria, tampouco será.

Elizete, obrigado por tudo e por nada. Sou feliz porque você faz meu pai feliz e me trouxe outra irmãzinha linda. Sem você nada disso seria.

Tios, tias, primos e primas que tanto me impulsionaram na minha história, obrigado por construir a minha fortaleza, por transmitirem o plexo de sentimentos bons e elogios desmedidos, por vezes exagerados. Sem vocês nada disso seria.

Vovô Zito e Vovó Teresinha, vocês são as testemunhas mais importantes deste momento, afinal vocês dois valem por quatro, já que representam memórias da infância e juventude, cujos momentos me deixam Vovó Lourdes e Vovô Nicácio fortemente vivos em mim, em nós. Vocês quatro compõem um elo angelical entre mim e os mais belos e virtuosos sentimentos, sobretudo o amor. São responsáveis por encher meu coração de alegria e de mover-me para frente. A partir de vocês emana a flor da vida, emana Deus. Sem vocês nada disso seria.

Família, muito obrigado. Sem vocês nada disso seria. Amigos e amigas, não me canso de amar todos vocês.

Amigos de infância, amigos de juventude, amigos de faculdade, amigos da vida, não restam dúvidas, vocês são fundamentais, fazem as experiências lograrem sentido. Sem vocês nada disso seria.

Amores, ex-amores, obrigado demais, simplesmente por serem amores, que é o bastante.

Aos mestres e professores de hoje e de outrora, como seria sem vocês? É, nada disso seria.

A todos e todas que me amam e me querem feliz, a você que não me conhece e que nem vai ler isso, sem vocês nada disso seria, pois as energias conspiraram para que isso fosse. E foi, e está sendo, e será.

Aos professores que compõem esta banca, especialmente meu orientador Prof. Ms. Paulo Renato Guedes Bezerra. Sem vocês nada disso seria.

Ainda que eu falasse a língua dos anjos, sem amor, nada disso seria, nada disso será.

Obrigado.

“Age de tal forma que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal.”
(Immanuel Kant)

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. Nesta monta, em face de um modelo cooperativo de processo, acrescido da fase metodológica do formalismo valorativo, o processo parece-nos obrigar a enveredar em uma releitura, que atenda, com maior vigor, aos princípios constitucionais e anseios decorrentes da atual organização social. Com efeito, não podemos olvidar a história, mas devemos rever o presente sob o escudo do neoconstitucionalismo, que culminará em uma teoria informativa do processo repaginada, voltada sobremaneira à cooperação judicial.

Palavras-chave: Teorias. Neoconstitucionalismo. Garantia constitucional. Formalismo-valorativo. Modelo cooperativo. Cooperação judicial.

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 study process with support in Constitution. The new constitutional order, which opened in 1988, advocating principles that govern the procedural norms and relations, determining how the process will be taken and their guarantees. In this way, relative a cooperative process model, plus the evaluative phase of methodological formalism, the process seems to compel us to embark on a re-reading, tha meets whit greater force, the constitutional principles and concerns arising from the current social organization.Indeed, we can not forget history, but we must review this, under the shield of neoconstitutionalism, wich will culminate in an information theory revamped process, greatly focused on judicial cooperation.

Keywords: Theories. Neoconstitutionalism. Constitutional guarantee. Formalism-evaluative. Cooperative model. Judicial cooperation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2.1 SINCRETISMO-PRAXISMO	16
2.2 PROCESSUALISMO.....	18
2.3 INSTRUMENTALISMO	20
2.4 FORMALISMO-VALORATIVO	24
3 PROCESSO E SUA PRECÍPUAS TEORIAS INFORMATIVAS.....	27
3.1 BREVE MENÇÃO HISTÓRICA	27
3.1.1 Roma	27
3.1.2 Idade Média.....	30
3.1.3 Autonomia científica do processo.....	30
3.2 PROCESSO COMO CONTRATO	31
3.3 PROCESSO COMO QUASE-CONTRATO	31
3.4 PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA	32
3.5 PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA	33
3.6 PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO JURÍDICA	33
3.7 PROCESSO COMO PROCEDIMENTO	34
3.8 PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO.....	34
3.9 PROCESSO COMO ENTIDADE COMPLEXA	35
4 O PROCESSO À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO	37
4.1 NEOCONSTITUCIONALISMO	37
4.1.1 Pontos marcantes do neoconstitucionalismo.....	39
4.1.1.1 Marco filosófico.....	39
4.1.1.2 Marco histórico	40
4.1.1.3 Marco teórico	41
4.1.2 Conclusão Sobre Neoconstitucionalismo	42
4.2 PROCESSO E GARANTIA FUNDAMENTAL	43
5 PROCESSO COMO COOPERAÇÃO JUDICIAL.....	46
5.1 MODELOS DE PROCESSO E EFEITOS DA COOPERAÇÃO JUDICIAL.....	47
5.1.1 Papel das partes.....	50
5.1.2 Reinvenção do convencimento motivado e dever de fundamentar as decisões ...	52
5.1.3 Radicalização do contraditório	54
6 CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

Apesar a preocupação em compreender o processo seja de antes da autonomia do direito processual - com marco histórico na obra de Oskar von Bülow¹ - , esta independência no estudo deflagrou nos juristas a necessidade em conceituar os três institutos que dão alicerce a este 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.

Diante disso, o presente trabalho visa estudar um novo paradigma teórico para o processo, enfatizando seu escopo de alcançar grande nível de cooperação judicial.

Com efeito, traçar-se-ão as fases metodológicas do processo, quais sejam: sincretismo-praxismo; processualismo; instrumentalismo; e formalismo-valorativo. Em cada fase sobredita enquadram-se teorias informativas que, igualmente, serão tratadas no transcorrer do presente trabalho.

Ávidos por encontrar a natureza jurídica do processo, os doutrinadores se remeteram à Roma antiga para, através de uma ótica privatista, definir natureza 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 compreensão das teorias do processo, entendendo que foi estudada a sua natureza jurídica sob égide de diferentes categorias gerais do direito, sendo, ou privatista, ou publicista.

¹ Trata-se da obra, constante no acervo especial da Biblioteca Central Zila Mamede: BÜLOW, 2005.

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, no último tópico, propõe-se 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 individuais, como o contraditório e o acesso à justiça, pois, na esteira de Herkenhoff, “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. Corresponde à necessidade de revisão e releitura de institutos que compreendem o processo, aproximando-os das novas impositões decorrentes da Constituição e, de modo consequente, da sociedade

Portanto, lançaremos mãos de cinco partes distintas, ainda que dialógicas entre elas. A primeira versará sobre os marcos teóricos que construíram a história processual no mundo, de modo que trataremos das quatro fases, mostrando, a nosso ver, o porquê da existência hodierna do pólo metodológico do formalismo-valorativo.

Na segunda, o esboço breve na história para buscarmos bases sólidas na construção de possíveis conclusões. Nesta oportunidade, tratar-se-á de Roma, da Idade Média e, finalmente, do período responsável pela autonomia do direito processual civil.

Em um terceiro tópico, colocaremos em evidência as teorias informativas do processo principais, aquelas pacificamente vislumbradas na doutrina. Em seguida, em um quarto momento, falaremos do neoconstitucionalismo, por entendermos ser indissociável de como enxergamos o processo e sua ciência nos dias atuais.

No quinto, e último tópico, que antecede as conclusões, investigaremos quais as consequências foram vertidas ao processo a partir da ótica do neoconstitucionalismo.

² 2001, p. 20.

Abordaremos se e de qual forma o neoconstitucionalismo repercutiu no direito processual civil. Em específico, produzir-se-á estudo acerca das afetações de novos paradigmas sobre o papel das partes, o convencimento motivado e o dever de fundamentar as decisões, bem como sobre o contraditório. Restando afetados, perquirir-se-á quais as consequências impõem-se ao profissional e estudioso do Direito.

Partimos da premissa, ressalte-se, que a organização interna do processo deve ser alinhada aos anseios da organização da sociedade, e não menos do que está gizado na Constituição. Daí que o processo cooperativo, como resultante da fase metodológica do formalismo-valorativo, tem imperiosa ressonância na teoria informativa do processo, que exige releituras.

2 MARCOS TEÓRICOS

Adverte-se a inafastabilidade de enfrentar as diferentes dimensões metodológicas que tem sido experimentadas pelo direito processual civil no curso da história, fazendo notar que cada fase desta exprime um modo de cientificar o processo, cujo escopo deduz uma forma de ver o mundo, uma lente através da qual o estudioso debruça-se sobre a ciência processual civil. Reitera-se a visão crítica que se deve ter neste espaço, pois não se deve julgar a lente que se enxergava o mundo no passado, dado que constitui-se outro momento histórico.

Nesta feita, salienta Mitidiero³:

Segue-se daí que o direito, com suas características de humanidade e de socialidade, pode ser impostado como um autêntico produto cultural, entendida a cultura como a espiritualidade inerente à realidade humana socialmente considerada. Dentre todas as manifestações da cultura, o direito é fruto da cultura positiva, isto é, da cultura encarnada em comportamentos sociais reconduzíveis aos valores que caracterizam determinado contexto histórico.

Corroborando, assim, com a centralidade da cultura no seio processual, em razão de ser resultado da existência humana. Ademais, eleva o necessário respeito quando se trata da análise desses períodos metodológicos, face a determinação que o contexto histórico exerce sobre a ciência.

Dito isto, fixe-se as fases que serão apreciadas a seguir, na linha de Daniel Mitidiero⁴, *in verbis*:

Em termos de fases metodológicas, alinham-se quatro grandes linhas atinentes ao direito processual civil: o praxismo, o processualismo, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo. A existência dessas diferentes formas de pensar o processo civil, aliás, já indicam o alto grau de comprometimento existente entre cultura e processo, autorizando a impositação deste como um fenômeno eminentemente cultural.

Em outras obras, como a de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁵ e a de Alexandre Freitas Câmara⁶, repousa uma divisão em três grandes fases, em oposição ao sobredito por Daniel Mitidiero. Naquela obra, subdivide-se essa evolução histórica em *sincretismo*, *autonomista* ou *conceitual* e *instrumentalista*, enquanto que nesta repartiu-se nas fases *imanentista*,

³ 2007, p. 17.

⁴ 2007, p. 18.

⁵ 2011, p. 48.

⁶ 2007, p. 8.

científica e instrumentalista. É uma divergência notória existente entre a escola gaúcha de processo e a escola paulista de processo.

Na presente obra, adotar-se-á o aduzido por Mitidiero, por mostrar uma classificação mais hodierna e adequada, observando com maior vigor a vitalidade dos princípios constitucionais que informam o direito processual civil. No tópico “3.1 BREVE MENÇÃO HISTÓRICA”, discorrer-se-á sobre subfases pelas quais o processo passou, que estão inseridas nestas quatro proposições metodológicas. Noutra pórtico, no ponto “**3 PROCESSO E SUAS PRECÍPUAS TEORIAS INFORMATIVAS**”, a partir do “3.2 PROCESSO COMO CONTRATO”, serão tratadas as teorias consubstanciadas no discorrer destas perspectivas de metodologia. Compõem, portanto, estas fases, um ideário superior que inclui as teorias informativas e as subfases históricas, conforme ficará claramente demonstrado.

2.1 SINCRETISMO-PRAXISMO

Considerando-se que, nesta época, o direito processual civil não lograva autonomia científica, não é forçoso definir como a pré-história do processo⁷. Inexistia diferenciação entre o direito material do direito processual, ao passo que este era apenas um adjetivo ao direito material.

Assevera Mitidiero⁸ que o praxismo refere-se à pré-história do direito processual civil, razão pelo qual se aludia ao processo como “*procedura*” e não ainda como “*diritto processual civile*”. Neste tempo, ainda não se constatava o processo como ciência autônoma do direito, mas como ramo subjugado ao direito material. Enquanto que a alcunha de sincretismo justifica-se pela indistinção entre direito material e direito processual, o praxismo encontra lastro nos conhecimentos da época, notadamente desprovidos de consciência de princípios, sendo puramente empírico, olvidando conceitos próprios e sem método determinado.

O processo findou como vítima de uma visão privatista que pousava sobre o direito material. Afinal, o que interessava era o *iudicium* e não o processo, que reduzia-

⁷ MITIDIERO, 2007, p. 18.

⁸ 2007, p. 18

se a mero interesse da praxe judiciária, pois eminentemente prático, sem regulamentação estatal, escamoteando maiores teorizações.

Marcou-se por uma visão estritamente plana do ordenamento jurídico, bem delineado por Dinamarco⁹, quando observa que:

A ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela de direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento); incluíam a ação no sistema de exercício dos direitos (*jus quod sibi debeatur, judicio perseguendi*) e o processo era tido como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz.

Nesta senda, urge dizer que a ação era dirigida a outra parte, tendo por objeto o bem da vida, e não a prestação jurisdicional. A relação jurídica processual emerge da própria relação jurídica de material, mantendo-se como parte desta.

Crítica pertinente consubstancia-se na obra de Galeno Lacerda¹⁰, no que se refere à alcunha do processo como direito adjetiva, bem característica deste marco teórico, como se vê:

Erro arraigado, cometido até por autores de tomo, consiste em definir o direito processual como direito adjetivo, ou como direito formal. O primeiro, de impropriedade manifesta, legou-nos Bentham. Tão impróprio é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atua. Instrumento não constitui qualidade da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a esta vinculado por um nexos de finalidade. Se não é qualidade, também não será forma, conceito que pressupõe a mesma e, no caso, inexistente integração ontológica com a matéria. A toda evidência, processo não significa forma do direito material. (...) Em suma, a antítese não é de direito material – direito formal e sim, direito material – direito instrumental. Isto porque instrumento como ente *a se*, possui matéria e formas próprias, independente da matéria e forma da realidade jurídica, dita material, sobre a qual opera.

Apresenta, assim, um contraponto a este contexto histórico, respeitando-se as circunstâncias que se determinou o processo como adjetivo, afinal, nesta época que tratamos, ainda nem autonomia científica galgou o direito processual. Não se furta, contudo, de deixar escrita a assertiva que infirma o processo unicamente como forma, como procedimento. Neste desiderato, o praxismo, com sua doutrina de confusão entre direito e processo, cede terreno para o tratamento científico do direito processual civil, com a contribuição de um sentimento – ou movimento – do século XIX, o Iluminismo.

⁹ 1993, p. 18.

¹⁰ 1998, p. 23-24.

2.2 PROCESSUALISMO

É nota distintiva aqui o surgimento da autonomia do processo como ciência. Aduz Mitidiero (2007, p. 20) que o processualismo exsurge com o conceito de relação jurídica processual, sendo este o objeto da ciência. De maneira consecutória, a doutrina vê-se incumbida a construir racionalmente um arcabouço de conceitos do direito processual civil. Escreve Dinamarco¹¹:

Foi esse *sincretismo* jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir. Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista da ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio* romana: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional.

Esta imperiosa necessidade de fundar a nova ciência fez a doutrina caminhar no sentido do direito racional, patrocinado por ideias abstratas. Outrossim, o sentimento do tempo histórico contribuía com a racionalidade. Acompanhando a datação da obra de Oskar von Bülow, qual seja 1868, tida como a certidão de nascimento do direito processual civil (DINAMARCO, 2005), tem-se que o mundo experimentava destacada efervescência científica, privilegiando a racionalidade.

Não se pode olvidar que, não obstante considerada seio instigador para a autonomia científica, há controvérsias sobre o pioneirismo de Oskar von Bülow, conforme assume Pontes de Miranda¹² quando versa sobre o surgimento do conceito de que o processo é uma relação jurídica, remetendo-se a Hegel, que depois seria lembrada por Bethmann-Holweg, para só então ser estudada por Bülow.

O processualismo consiste em protagonista na definição de institutos fundamentais para tornar o direito processual uma disciplina autônoma, de sorte que também foi nominado de conceitualista e autonomista. Nesse sentido, doutrina Mitidiero¹³:

As discussões inerentes à “ação”, verdadeiro pólo metodológico da nova ciência, e à caracterização de inúmeros outros institutos do processo civil (atos processuais, litispendência, eficácia de sentença, coisa julgada *et coetera*) dominou a atenção dos processualistas, crentes de que estavam a praticar uma ciência pura, de toda infensa a valores – uma ciência, enfim,

¹¹ 1993, 18.

¹² 1997, t. III, p. 435

¹³ 2007, p. 21.

eminentemente técnica (o nosso Código de Processo Civil, a propósito, é fruto eloquente dessa postura científica).

Uma postura autonomista que promoveu profundas investigações em torno do conceito de ação, até obter a afirmação de seu caráter abstrato, reforçando a autonomia do direito processual. Racionalizou-se a técnica processual, de sorte a principiar uma maturidade, mesmo consideradas as diferenças próprias dos diversos sistemas processuais ao redor do mundo, sobretudo por resultar dos distintos fatores sociais, culturais e históricos que envolvem a produção científica e a realidade dos fatos da vida.

Maturidade que subsiste no compartilhamento de certas ideias comuns, que implicam na própria autonomia do direito processual e seus institutos, a maior participação do juiz na preparação do provimento que emitirá a final, a necessidade de assegurar o juiz natural o *due process of law* e a efetividade do processo, com a real e equilibrada participação contraditória dos seus sujeitos interessados. São essas ideias comuns e a consciência para os princípios formativos e sua aplicação que compõem a universalização da ciência do processo e indica sua maturidade na ciência jurídica contemporânea¹⁴.

Com efeito, o processo perde sua faceta de mero procedimento, firmando-se como uma relação jurídica abstrata, que segue pressupostos próprios de existência e validade. Neste contexto, a jurisdição, a seu turno, toma para si a condição de poder-função de realizar o direito objetivo estatal e pacificar a sociedade¹⁵. Enfim, registre-se que a ação deixa de prestar serviço ao direito material, transmutando-se em direito público subjetivo autônomo de ir a juízo e obter sentença. Resta clarividente, portanto, a feição publicista desta fase metodológica, superando o direito judiciário para se ter o direito processual.

Questiona-se, por oportuno, que, em que pese necessário ao momento vivido pela experiência anterior, o processualismo culminou por dissociar o processo da realidade dos fatos da vida, consentâneo a assertiva de Mitidiero¹⁶:

É claro, porém, que esse clima processualista acabou por isolar em demasiado o direito processual civil do direito material e da realidade social. Paulatinamente, o processo passa a perder o seu contato com os valores

¹⁴ DINAMARCO, 1993.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, 1999, p. XVIII.

¹⁶ 2007, p. 22

sociais. Quanto mais precisos ficavam os seus conceitos, quanto mais elaboradas as suas teorias, mais o processo se distanciava de suas finalidades essenciais.

Com a engenharia doutrinária para conferir ao processo um estudo autônomo, resultou-se em um processo com um fim em si mesmo, voltado apenas para aparelhar seu sistema, esquecendo suas finalidades. Destarte, cria-se terreno para a conscientização da necessidade do processo servir como instrumento para dar concreção ao direito material, de modo a inaugurar uma nova fase metodológica, o instrumentalismo.

2.3 INSTRUMENTALISMO

O instrumentalismo obteve como maior advogado, isto é, defensor, o jurista Cândido Rangel Dinamarco¹⁷, cuja obra, publicada pela primeira vez em 1987, é considerada divisor de água, embora tenhamos que ressaltar o alerta de Mitidiero¹⁸:

Anote-se, por oportuno, que a primeira edição da obra é de 1987. A bem da realidade, a preocupação com a instrumentalidade do processo pode ser sentida muito antes da aludida obra de Dinamarco em ensaios seminais de Galeno Lacerda (como, por exemplo, LACERDA, Galeno. O código como sistema de adequação legal do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, 1976, p. 161-170; LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 28, p. 7-14, 1983) (...) O papel de destaque que se dá a Dinamarco nesse campo deve-se, no entanto, ao fato de, a partir dele, a ideia de "instrumentalidade" ter ganhado foros de idéia-síntese de Escola.

Em razão do exposto, credita-se a Dinamarco a consolidação desta fase metodológica, com forte em expressiva defesa da superação do caráter puramente técnico do processo, atuação que marca toda sua obra.

Caracteriza-se por uma consciência da instrumentalidade como polo de disseminação de ideias e coordenador de diversos institutos, princípios e soluções. O estudioso deve se ater, com sensibilidade, aos problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções efetivas e adequadas através de níveis mais satisfatórios, não sendo mais justificável a clássica postura metafísica consistente na perquirição conceitual desprovidas de finalidades, de teleologia¹⁹. É preciso dar azo a um processo preocupado com sua consequência prática, voltado

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

¹⁸ 2007, p. 22, nota de rodapé n. 78.

¹⁹ DINAMARCO, 1993.

para a solução verdadeira e justa do conflito, da lide. Encontra-se superada, uma vez que já consolidada, a investigação sobre os institutos processuais com fito na autonomia processual, pois esta não mais se discute.

Agora o direito processual almeja assentar sua natureza também axiológica, sendo ciência permeada pelos valores tutelados na ordem jurídica constitucional e infraconstitucional. A instrumentalidade consiste no núcleo-base e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, incrementando, inclusive, as vias de acesso ao Poder Judiciário, em uma tentativa de infirmar os obstáculos econômicos para o cidadão tocar a justiça – nesta entendida como valor²⁰

Dinamarco (1993) determinou, a partir da metodologia instrumentalista do processo, a existência de três escopos fundamentais, que seriam os sociais, os políticos e os jurídicos, que deveriam ser alcançados com propósito de romper, definitivamente, com a concepção do processo como um fim em si mesmo. Em sua concepção, os escopos compreendem: a) escopo social²¹ serve para a persecução da paz social e para a educação do povo; b) escopo político²² significa que o processo consiste em um espaço para afirmação da autoridade do Estado, da liberdade dos cidadãos e para participação dos atores sociais; e c) escopo jurídico²³ justifica-se uma vez que o processo confia-se na missão de concretizar a vontade concreta do direito.

Com o escopo social, a jurisdição abraça uma dimensão mais afeiçoada com a realidade, na medida em que assume compromisso de oferecer uma decisão justa e adequada, colocando o ideal de justiça no seio da sociedade. Desta forma, permeando a comunidade de justiça – leia aqui justiça no sentido de valor – incide a contribuição necessária do Estado no intuito de fazer a população conhecer seus direitos e obrigações

A jurisdição é monopólio do Estado, logo o escopo político reproduz a necessidade do Estado decidir imperatividade, com poder e coerção, dando razão de ser para o ordenamento jurídico e cumprindo as finalidades que o legitimam. Ademais, para assegurar o exercício das liberdades, mostrando os limites do poder e do seu exercício, respeitando a dignidade dos indivíduos que exerce. Enfim, atribui ao

²⁰ Idem.

²¹ 1993, p. 159.

²² 1993, p. 168.

²³ 1993, p. 209.

cidadão a incumbência de participar ativamente das decisões jurisdicionais do Estado, com sorte a lhe dar legitimidade.

A seu turno, temos o escopo jurídico rememora a fase anterior em que se privilegiava o estudo isolado do processo, logrando a autonomia científica e conceitual desta disciplina, com aprimoramento interno do sistema. Com isto, fez-se indispensável tratar dos outros dois escopos. Neste escopo em específico, notabiliza-se a importância da técnica processual, constatando o desempenho que o processo opera sobre os direitos e obrigações.

Ademais, não obstante sobremaneira técnico, o escopo jurídico dialoga com os outros dois escopos e produz resultado compromissado com a ética e a deontologia do processo, assimilando a axiologia entranhada na sociedade e no Estado.

Então, através destes escopos, caracteriza-se o instrumentalismo por uma aproximação entre o direito processual civil e a Constituição, além de centralizar o papel da jurisdição quando se fala em sistema processual. A intimidade com a Constituição realiza o surgimento de um direito processual constitucional, que representa uma reunião-condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais que informam o processo. Mitidiero²⁴ apresenta que, na perspectiva do instrumentalismo, enxerga “o processo como instrumento mais aderente ao direito material, de matriz constitucional e com a jurisdição posta como novo pólo metodológico do direito processual civil”.

Cabe-nos, por oportuno, adentrar no porquê da jurisdição ter ocupado o lugar da ação de centralidade do estudo propedêutico processual. Aponta-se, assim, que imposter a ação como centro das atenções da teoria geral do processo revela uma postura individualista e restrita do processo civil. Na mesma senda, não se pode carregar o processo como ponto central porque ele não é considerado fonte substancial de emanção e alvo de convergência das ideais, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual, pois marcado pelo formalismo²⁵.

Essa instrumentalidade não se confunde, por óbvio, com a instrumentalidade das formas. O destacado vetor metodológico da instrumentalidade opera mormente

²⁴ 2007, p. 23.

²⁵ MITIDIERO, 2007, p. 24-25.

como valor limitador do próprio sistema processual, no palpitar que a efetividade do processo considera-se como a capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político. Tenta-se extrair, dessa forma, toda a aptidão do processo em proporcionar toda a possível satisfação das partes, com soluções jurídica e socialmente legítimas. É este o tom de estudo dessa fase metodológica.

No entanto, Mitidiero²⁶ protagoniza críticas, quais sejam:

Com efeito, sem negar a teoria dualista do ordenamento jurídico, não se pode mais afirmar que à jurisdição cumpra tão-somente uma função declaratória da ordem jurídica pré-estabelecida pelo legislador. A revolução hermenêutica da segunda metade do século XX, a propósito, confirma com folga o predito. Diga-se o mesmo das lições de nossa doutrina no sentido de que o juiz oferece ao mundo sempre algo novo, sempre a reconstrução da ordem jurídica mercê do diálogo judiciário, gravada pelo selo da imperatividade da jurisdição.

Em acréscimo²⁷:

O advento do Estado Constitucional repele esse eventual conformismo – a propósito, essa sadia irrisignação com a soluções injustas vai deveras potencializada no sistema jurídico brasileiro mercê do nosso controle difuso de constitucionalidade e da necessidade de uma incessante interpretação conforme aos direitos fundamentais, instrumentos fundamentais para construção, em concreto, de um processo verdadeiramente justo.

Nestas duas notas transcritas, surge um ideário de que o processo civil tem como desiderato principal a busca pela justiça do caso concreto. De modo que as normas que direito processual cedem aplicação quando confrontadas com as normas constitucionais de direito material e as normas constitucional de direito processual.

Outrossim, percebe-se evolução no relacionamento entre o direito processual e o direito constitucional, o que ultrapassa esta tutela constitucional do processo, feita mediante a constitucionalização das normas fundamentais do processo. Agora, a Constituição impinge um direito processual antenado com o modo de pensar constitucional, aproveitando-se da teoria das normas e para o processo civil encarado na perspectiva dos direitos fundamentais²⁸.

²⁶ 2007, p. 25-26.

²⁷ Ibidem, p. 27.

²⁸ MITIDIERO, 2007

Resta acentuada, como sobredito nos parágrafos alhures, a abertura para que o formalismo-valorativo ocupe espaço como a presente fase metodológica do direito processual civil.

2.4 FORMALISMO-VALORATIVO

Alcançamos um momento no tempo histórico em que não se permite mais pensar o direito processual desvinculado dos aportes emanados da Constituição, de modo que fazê-lo seria um descompasso com os reclames sociais, mormente alheio à sociedade civil e às determinantes da cultura hodierna.

Esta ruptura com a outra fase não propicia o radicalismo que Hegel advogou no sentido de rompimento com o direito formal com fulcro na moralidade subjetiva ou quaisquer outras. Não se pretende, como defendeu o filósofo alemão, que um tribunal tenha o poder de decidir sobre o caso concreto sem se vincular às formas do procedimento jurídico, e, em particular, a meios objetivos de prova, que podem ser recolhidos legalmente, em consonância com o interesse particular do caso concreto, e não já no interesse de uma disposição legal de conteúdo geral²⁹.

Isto deixaria a porta escancarada para o arbítrio, de modo que só deveria se aplicar em casos excepcionalíssimos, na medida em que o arbítrio anda de mãos dadas com a desigualdade e a injustiça, conquanto ninguém pode garantir que assim a justiça seja alcançada de forma satisfatória em comparação com um processo que assegure e atenda todas as garantias da parte. Em boa intuição, nota-se que as formalidades razoáveis são indispensáveis para a liberdade.

Nesse diapasão, Mitidiero³⁰, um dos arautos do estudo do formalismo-valorativo, exprime a seguinte conclusão:

Finalmente, a jurisdição não pode mais ser colocada como centro da teoria do processo civil. Insistir nessa postura revela uma visão um tanto quanto unilateral do fenômeno processual, sobre ignorar a dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar na teoria do direito constitucional moderno.

O autor não quer com isso negar importância à jurisdição. Evidentemente, não. O que se busca é incrementar-reforçar a condição das partes, já que fundamentais

²⁹ HEGEL, 1976 apud ALVARO DE OLIVEIRA, 2009, p. 216.

³⁰ 2007, p. 30.

para o bom deslinde do processo e para concretizar a justiça do caso concreto. Bem diz Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³¹:

(...) a atual Constituição Federal brasileira privilegia, inegavelmente, enfoque mais consentâneo com a realidade atual, preocupada com o aspecto social do processo, potencializando os meios postos à disposição do cidadão para sua luta contra a opressão política ou econômica.

O processo enquadrado como pólo metodológico, portanto, confia a dimensão fundamentalmente problemática assumida pelo direito contemporâneo, para cuja solução concorrem, argumentativamente, todos os envolvidos da demanda, isto é, todos os participantes do processo.

Pode-se conceber que vivenciamos uma revolução democrática que atinge, diretamente, o âmago do processo e no respectivo estudo, repercutindo, assim, na prática e na teoria. Nesta feita, Mitidiero é cirúrgico quando diz que “a passagem da jurisdição ao processo corresponde, em termos de lógica jurídica, à passagem da lógica apodítica à lógica dialética: do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário”³².

O processo alija seu formalismo exacerbado e transmuta-se em um ambiente sadio para que o cidadão exerça seu direito de participação, consubstanciando um local de existência efetiva de uma democracia direta e participativa. Ressalte-se que a democracia participativa é vista, pela doutrina³³, um direito fundamental de quarta dimensão. Com isto, aperfeiçoa-se as posições jurídicas das partes, dando azo à consolidação do processo como um amplo e democrático ponto de interlocução de direitos fundamentais.

Por todo exposto que consideramos a divisão proposta, entre outros³⁴, por Daniel Mitidiero³⁵ mais adequada, sendo plausível transcrever:

Como o novo se perfaz afirmando-se contrariamente ao estabelecido, confrontando-o, parece-nos, haja vista do exposto, que o processo civil brasileiro já está a passar por uma quarta fase metodológica, superada a fase instrumentalista. Com efeito, da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que ora se assume como um verdadeiro método de pensamento e programa de reforma de nosso processo. Trata-se de uma nova visão

³¹ 2009, p. 121

³² 2007, p. 31

³³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 475.

³⁴ Destaque: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁵ 2007, p. 31-32.

metodológica, uma nova maneira de pensar o direito processual civil, fruto de nossa evolução cultural.

O processo viu seu melancólico formalismo dar lugar a um formalismo-valorativo, alimentado pelos direitos fundamentais positivados na Constituição ou os desta decorrentes. Repise-se que o formalismo-valorativo comporá, mas não sozinho, o lastro ideológico e teórico que proverá o presente estudo.

Tem-se, portanto, que o formalismo-valorativo deixa aberto caminhos teóricos que devem ser desenvolvidos para que o processo abrace os valores socialmente relevantes, sobretudo na fortificação do diálogo

3 PROCESSO E SUA 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 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.

3.1.1 Roma

Como introito à importância da história romana, pertinente as palavras de Arruda Alvim³⁶:

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.

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*.

³⁶ ALVIM, 2006, p. 44

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 Tábuas³⁷. 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, esta 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 douts ensinamentos do professor Ovídio Baptista³⁸, *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.

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,

³⁷ 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.

³⁸ 2009, p. 13.

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 Baptista³⁹, 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.

Nesta feita, é ponto importante que se tenha em mente a influência proeminente da cultura romano-canônica do direito processual brasileiro, não obstante vivenciamos um momento de aproximação entre as experiências processuais.

³⁹ 2009, p. 17.

3.1.2 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, prevaleceu 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 sobrepuiu outras instituições e prevaleceu na formação do direito e processo comum da Idade Média.

3.1.3 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.

3.2 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 avançar a entrada em juízo e a submissão à decisão eram um negócio jurídico de direito privado. Uma espécie de contrato judicial.

Em que pese não mais suficiente para explicar a moderna conjuntura substancial do processo, pois o réu, independentemente 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 hodierno, já que neste a sujeição à decisão do árbitro é proveniente de compromisso entre as partes.

3.3 PROCESSO COMO QUASE-CONTRATO

Dado o devido destaque ao francês Arnault de Guényvau, criador dessa corrente, deve-se clarear que esta teoria ainda adequava a natureza jurídica do processo na 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 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 José de Albuquerque Rocha⁴⁰, 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

⁴⁰ 1999, p. 230.

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.

3.4 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 autonomia⁴¹. 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. Giuseppe Chiovenda, 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*⁴².

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 material⁴³, 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.

⁴¹ DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de Direito Processual Civil. 13ª ed. Rio de Janeiro: Edit. Lúmen Juris, 2010.

⁴² CHIOVENDA, 1998, p. 78.

⁴³ MARINONI, Luis Guilherme. **Teoria Geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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.

3.5 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, esta 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.

3.6 PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO JURÍDICA

Pouco a pouco, os costumes mais importantes e imprescindíveis para a sociedade consolidam-se nas instituições. Estas, como afirma J. E. Carreira Alvim, “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 específica⁴⁴”.

A partir do institucionalismo franco-italiano de Hauriou e Santi Romano, o espanhol Jaime Guasp desenvolveu, com adesão de Eduardo Juan Couture, a ideia

⁴⁴ ALVIM, 2010, p. 134.

do processo como uma organização estável das várias relações, com escopo objetivo⁴⁵.

Com a finalidade de atender os 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.

3.7 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 seguida.

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 adequa em uma 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.

3.8 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

⁴⁵ ROCHA, 1999, p. 230.

chances e de meios para atuar no processo até o provimento definitivo. Deste 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.

3.9 PROCESSO COMO ENTIDADE COMPLEXA

Essa teoria vem sendo acatada pela doutrina brasileira, com expoente no Professor Cândido Rangel Dinamarco. 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 doudas palavras do professor Cândido Rangel Dinamarco⁴⁶:

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 realiza-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.

⁴⁶ 2005, p. 25.

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. Deste modo, a realidade e o conceito do processo remete sempre a coexistência harmônica entre essas entidades, configurando-se como complexo.

4 O PROCESSO À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A nova conjuntura constitucional impinge que o processo seja avalizado sob outra ótica, desprendendo-se dos conceitualismo 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.

Isto 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 o que levou a história constitucionalista a culminar na condição atual.

Ressalte-se que, em que pese adotarmos o termo neoconstitucionalismo, este é alvo de críticas por alguns autores, tal que, a título de exemplo, Dimitri Dimoulis⁴⁷. É uma alcunha surgida na década de 1990 e restou empregada, de maneira inovadora, por jusfilósofos de Genova, tais que Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci e Mauro Barberis. No entanto, há quem afirme que o termo teria sido utilizado pela primeira vez durante participação de Pozzolo no *XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social*, realizado em Buenos Aires e La Plata, entre os dias 10 e 15 de agosto de 1997⁴⁸.

⁴⁷ Que advoga no sentido de que o termo adequado seria antipositivistas; não neoconstitucionalistas, conforme artigo que segue: DIMOULIS, Dimitri. **Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico**. Disponível em: <https://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%ADdico>. Acesso em: 22 de ago. 2014.

⁴⁸ TRINDADE, 2014.

A doutrina desanca a expressão por incorporar um léxico indeterminado de significados⁴⁹, observando três possíveis significados⁵⁰: a) textos constitucionais promulgados na segunda metade do século XX; b) práticas jurisprudenciais assumidas pelos tribunais e cortes constitucionais; e c) construção de aportes teóricos para compreender os novos textos constitucionais e aperfeiçoar as novas práticas jurisprudenciais.

Igualmente, a crítica subsiste no sentido de que os próprios defensores valem-se do termo de maneira imprecisa e vacilante, sem que exista uma uniformidade em sua conceituação⁵¹. Contudo, em contraposição, repousam-se sobre a expressão alguns pontos de toque: reconhecimento da materialidade e reforço da ideia de supremacia da Constituição; necessidade positivação, implementação e garantia de direitos fundamentais; existência de princípios e regras na ordem jurídica e na Constituição; e importância da interpretação da Constituição⁵².

Com fulcro em uma metodologia científica escurtida, cabe-nos versar sobre a crítica ao neoconstitucionalismo, sobretudo nos termos apresentados pelo já referenciado Luis Roberto Barroso, levada a cabo por Dimitri Dimoulis⁵³. O autor, em sua contraposição a Barroso, aduz que nenhum dos pontos trazidos por este pode ser considerado indicativo de uma nova abordagem do direito constitucional, tratando-se, em verdade, de um “ambiente cultural” que tende a afastar-se do positivismo jurídico. Dimoulis define, assim, que os neoconstitucionalistas seriam “os pensadores moralistas que consideram a vinculação entre direito e moral como presente, necessária e efetiva nos Estados constitucionais modernos”⁵⁴.

Nesta feita, Dimoulis infirma o neoconstitucionalismo como sendo o “verdadeiro” constitucionalismo, emplacando dois problemas, quais sejam: torna o

⁴⁹ Outrossim, atribui-se a Carbonell a divulgação do fenômeno do neoconstitucionalismo após publicação de uma coletânea sobre o fenômeno na Espanha.

⁵⁰ TRINDADE, 2014.

⁵¹ É tanto que o próprio Luis Roberto Barroso (2004, p. 27) reputa ainda incerta o que tem guarida dentro da referida expressão, podendo ser avanço ou retrocesso, bem como uma guinada de 360 graus.

⁵² ALVES, 2012, p. 139.

⁵³ DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. Disponível em: <https://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%ADdico>. Acesso em: 22 de ago. 2014

⁵⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico**. Disponível em: <https://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%ADdico>. Acesso em: 22 de ago. 2014

primeiro termo redundante; escamoteia o fato de que entre os constitucionalistas modernos há muitos que rejeitam os posicionamentos moralistas, criticando-os a partir do positivismo jurídico. Finaliza arrematando que o neoconstitucionalismo não coloca à lume nada de novo, a não ser a crença de que a moral desempenha papel de destaque na definição e interpretação do direito.

Opta-se pela utilização do “neoconstitucionalismo”, sobretudo, por conseguir reunir, como sobredito, um conjunto de características constatadas na realidade da Teoria Geral da Constituição e da Teoria Geral do Direito.

4.1.1 Pontos marcantes do neoconstitucionalismo

O novo ideário imbricado em todo o mundo jurídico hodierno perpassa pelo neoconstitucionalismo baseado em três marcos, a saber: filosófico, histórico e teórico. Esses marcos demonstram a quebra de paradigmas na observância da Constituição⁵⁵.

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 possa ser exigida. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os princípios da ética, da justiça e da legitimidade foram recepcionados pelo direito. O direito 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

⁵⁵ Os marcos apresentados e sua explanação é alicerçada no artigo Neoconstitucionalismo do ilustre professor Luís Roberto Barroso (2004), o qual se encontra referenciado no fim deste trabalho.

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.

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 prolatou sentença reconhecendo a supremacia da Constituição que implicava na análise de compatibilidade da ordem infraconstitucional com as normas da Lei Fundamental⁵⁶, restou prejudicado a prevalência do Poder Legislativo, típico do Estado Liberal. Considera-se como um *stare decisis* e, notadamente, um divisor de águas para o controle de constitucionalidade.

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.

⁵⁶ MARTINS, DIMOULIS, 2009, p. 24.

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 ressaltar, 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 destes escritos deve ser orientada pelos princípios e valores tutelados pela Constituição.

Por conseguinte, leis infraconstitucionais podem ser invalidadas pelo Corte Suprema de cada país, caso não atenda 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 constitucional⁵⁷. Percebemos que o neoconstitucionalismo enseja à atividade jurisdicional um papel de zelo à

⁵⁷ 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.

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

4.2 PROCESSO E 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 corolário, *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 justa⁵⁸. 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 motiva-se em dois aspectos principais: 1) Toda regra jurídica deve ter amparo constitucional; 2) Em

⁵⁸ 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)

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 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, esta teoria olvida o substrato do relacionamento humano. Em conformidade com isto, sobressai Luiz Guilherme Marinoni:

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. (2011, p. 406).

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 ondem legal de procedimento, na observância das circunstâncias da tópica jurídica. Não logra êxito preconizar que, não seguindo o procedimento rígido, inexistente 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 em atender as 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 recebe a missão de compreender o processo como uma garantia do cidadão, implicando no endereçamento de seus conceitos às circunstâncias reais da vida.

Nesta senda, é uma exigência imperiosa dos tempos atuais que seja proposta uma nova teoria informativa do processo, entendendo este como *cooperação judicial*. Todo o exposto compõe o lastro necessário para fundamentar o que será proposto no tópico que segue, denunciando a crise existencial vivida pela teoria informativa do processo, ainda muito limitada aos anseios culturais, sociais, políticos e jurídicos da contemporaneidade.

5 PROCESSO COMO COOPERAÇÃO JUDICIAL

Como se viu no decorrer do presente estudo, o processo percorreu diversas vertentes metodológicas e de ideologia, de sorte necessário pensarmos em uma que se aproxime das reclamações da conjuntura atual. O processo, cuja finalidade precípua é a realização de direitos, traz em si, ao mesmo tempo, a possibilidade nefasta de devastação do próprio direito⁵⁹. Neste caso, o formalismo transmuta-se em sua oposição, isto é, deixa de ser instrumento hábil para levar a cabo a justiça material e passar a ser o seu algoz, a partir do momento em que deixa de oferecer uma solução rápida e eficaz, bem como adequada, fulminando, em outros casos, a possibilidade de julgamento final de mérito (como quando alguns vícios formais impingem a extinção do processo sem resolução de mérito)⁶⁰.

Acrescente-se que o processo não dá guarida à finalidade, tão-somente, de elaborar uma decisão, nem esta ganha legitimidade só por ter sido coercitivamente imposta a partir dos parâmetros ritualísticos definidos em lei, mas sim por ter feito justiça. Não se quer aduzir aqui, bom que seja frisado, que o procedimento – rito – é dispensável ou que não possui importância na legitimidade para o exercício do poder jurisdicional. Afirma-se, isto sim, que a observância do rito atestado na lei deve seguir a racionalidade e mormente a Constituição e seus valores.⁶¹

A postura cooperativa do juiz demonstra-se como fenômeno dificilmente reversível, em um ativismo que permite o juiz patrocinar decisões mais justas ao caso concreto. A passividade judicial não se mostrou um comportamento eficiente no afã de melhor distribuir justiça. Decisões injustas, inclusive, podem permitir um enfraquecimento da coisa julgada material, em virtude de sua revisão por Ação Rescisória, *verbi glatia*⁶².

Repise-se que a legalidade é indispensável no tratamento das normas procedimentais que restrinjam os poderes e a conduta processual do juiz, no entanto a aplicação do direito configura-se como método de acomodação do geral para o concreto, exigindo do intérprete insistente trabalho de adaptação e até mesmo

⁵⁹ ALVARO DE CASTRO, 2009, p. 215.

⁶⁰ Idem, p. 217.

⁶¹ ALVARO DE CASTRO, 2009, p. 219.

⁶² Idem, p. 221-222.

criação, dada a ausência de onipotência legislativa na previsão de todas as possibilidades fáticas da vida. O rigor formal esvai-se nas inevitáveis necessidades que decorrem da existência humana. Então, o magistrado não é uma máquina, nem o processo, tal como fenômeno cultural, produz resultados matemáticos.

Devidamente contextualizado, sobreleva-se a necessidade do Direito instar sua própria alternativa dentro do sistema, com vistas a gerar um processo mais comprometido com a justiça da decisão e sua consecutória adequação, sem que para isso seja olvidada a legalidade e formalismo. Eis a importância do presente estudo.

Por essa vereda, o juiz assume dupla posição – paritária no diálogo, assimétrica na decisão – e reforça-se a posição jurídica das partes, de modo a construir um processo cooperativo, entendendo o processo como uma cooperação judicial. Não são suficientes mudanças legislativas para tal mister, faz-se necessário um sentimento que corrobore isto.

Nesse desiderato, o processo assume uma feição de cooperação judicial, pautado nos fundamentos compreendidos no presente trabalho. É uma mudança paradigmática na teoria geral do processo.

5.1 MODELOS DE PROCESSO E EFEITOS DA COOPERAÇÃO JUDICIAL

Antes de adentrar nos efeitos, cabe um esboço breve sobre o modelo cooperativo de processo. Na linha de Max Weber⁶³, seguiremos com três tipos ideias de organização social, aplicando-os ao papel desempenhado pela magistratura. Em uma perspectiva de tratar da divisão do trabalho entre os juízes e as partes, destacam-se três modelos: paritário, hierárquico e colaborativo.

O modelo paritário detém certa indistinção entre o âmbito político, a sociedade civil e o indivíduo, trazendo como consequência um juiz, na figura do Estado, em pé de igualdade com as partes. A história aponta as experiências da Grécia e a italo-medieval. Não existia hierarquia⁶⁴.

⁶³ 2001 apud MITIDIÉRO, 2007, p. 45

⁶⁴ MITIDIÉRO, 2007, p. 45-46.

É um momento, sobretudo na Grécia, em que a igualdade política dava-se na condição do cidadão no confronto daquele que o julga, sendo presente um dever de resistência contra normas jurídicas injustas. O juiz prezava pela regularidade do processo, furtando-se de interferir na esfera jurídica das partes. Tanto que o processo grego sustentava uma ideia antagônica ao *iura novit curia*, na qual o juiz não era obrigado a ser sabedor da lei, nem leva-la em consideração acaso não alegada e debatida pelas partes⁶⁵.

No período medieval italiano não acontecia diferente, apesar de por outras razões. A fragmentariedade territorial e, conseqüentemente, do poder político, incutia um modelo paritário de organização social, que culminava em uma consciência que o direito como algo acima do juiz e das partes. Afinal, tratava-se de um direito natural, o que tornava o tratamento da regulamentação do processo como algo infenso ao poder político e religioso⁶⁶.

O processo, portanto, era coisa das partes, não do juiz, como afirma a doutrina⁶⁷. Incumbia ao magistrado cuidar da ordem, contornada pelo direito natural, conferida ao processo. Outro pórtico surge quando versa sobre o modelo hierárquico.

Por sua vez, o modelo hierárquico apresenta uma clarividente dissociação entres as figuras do indivíduo, da sociedade e Estado, instituindo um relacionamento vertical calcado no poder, com nítida prevalência do Estado. Reconheceu-se duas manifestações deste modelo hierarquizado no processo civil romano, em seu terceiro período, citado alhures no ponto “3.1 ROMA”, conhecido como *cognitio extra ordinem*, e no processo civil do Estado Moderno. Em Roma, buscou-se conferir maior controle ao legislador, logo ao príncipe, sobre o processo. Logrou notoriedade, assim, a atuação do juiz como funcionário público, sendo o processo como um instrumento de certeza⁶⁸.

O magistrado recebeu, com esta finalidade de manter o processo como instrumento de certeza para o Império, amplos poderes, o que incentivou maior discricionariedade do juiz e esvaziamento do formalismo, pois o poder do magistrado decorria do poder do imperador. Em suma: imperadores e funcionários passam a

⁶⁵ Ibidem, p. 46-47.

⁶⁶ Ibidem, p. 47.

⁶⁷ GIULIANI, Alessandro apud MITIDIERO, Idem.

⁶⁸ KASER apud MITIDIERO, 2007, p. 49.

julgar com liberdade absoluta, sem observar a tradição e as leis, as formas e normas do *ius civile* ou do Preto, isto irrestritamente ao campo civil e penal⁶⁹. O tribunal passa a predominar sobre a causa, representando como responsável pelo impulso do processo.

O Estado Moderno, outrossim, traz à baila novamente a assimetria na relação indivíduo-Estado, reclamando o Estado de seu monopólio sobre o direito. Nesta feita, o direito verte a legitimidade a partir da autoridade que emanou a norma e o procedimento utilizado para prover a norma ao mundo jurídico⁷⁰. Não à toa o juiz, na fase metodológica do processualismo⁷¹, ocupa o vértice central e destacada de uma relação jurídica processual angular ou triangular.

Ao fim, o processo no modelo cooperativo funda-se em outras bases.

A Constituição irradia o princípio cooperativo como mola propulsora deste modelo de organização processual, submetendo, ao mesmo passo, ao Direito e à participação social na gestão do processo. A Carta Magna de 1988 reforça a cooperação como qualidade de nossa sociedade, consoante art. 1º, *caput* (vivenciamos um “Estado Democrático de Direito”), art. 1º, III (“dignidade da pessoa humana”) e art. 3º, I (“construir uma sociedade livre, justa e solidária”). Em razão disso que considera-se a sociedade atual um empreendimento de cooperação entre seus membros com vistas a um resultado bruto⁷².

Toda esta normatividade valorativa tem repercussão direta na participação do juiz no transcurso do processo. O juiz no processo cooperativo consiste em um julgador isonômica – em seu sentido material – na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa⁷³. Visa-se alcançar o paradigma de um processo como comunidade de trabalho entre as pessoas do júízo, reorganizando o formalismo processual.

Neste modelo, a isonomia atua de tal forma intensa que infere uma atitude proativa⁷⁴ do juiz, colhendo impressões das partes a respeito dos rumos eventuais do

⁶⁹ ALVARO DE CASTRO, 2009, p. 24.

⁷⁰ MITIDIERO, op. cit., p. 50.

⁷¹ Vide ponto 2.2.

⁷² BOURSIER apud MITIDIERO, 2007, p. 52.

⁷³ ALVARO DE CASTRO, 2003, p. 62.

⁷⁴ Ibidem.

processo, dando espaço para elas participem de modo dialogal, com efetiva influência em suas decisões. Encontra-se o órgão jurisdicional como destinatário direto do contraditório, tornando a decisão um ato *trium personarum*⁷⁵.

Uma evolução desta proporção na teoria geral do processo traduz alguns efeitos práticos que serão abordados a seguir.

5.1.1 Papel das partes

A guinada paradigmática incutida a partir de um processo como cooperação judicial tem como influxo um fortalecimento da participação das partes no transcorrer do processo, alimentada por um contraditório efetivo, direito constitucionalmente assegurado (art. 5º, LV e § 1º). No mesmo tom, as partes devem observar os deveres de lealdade e boa-fé.

As partes estão comprometidas, assim como o juiz, em obter a verdade no processo, o que impende que elas contribuam na produção da prova, com objetivo último de conseguir a justiça do caso decidendo. A verdade no processo funciona, então, como fator de legitimação do direito processual, existindo entre processo e verdade um vínculo teleológico⁷⁶.

Nesse quadro, a fixação do objeto da lide pertence às partes (art. 128, CPC). Enquanto o demandante expõe suas alegações fáticas, fundamenta juridicamente⁷⁷ e deduz o pedido (art. 282, III e IV, CPC), o demandado apresenta defesa, que pode ser direta, não ampliando o objeto litigioso, e indireta, que amplia o mérito da causa. Adverte Mitidiero, em consonância com o dito, que a cooperação judicial está presente na definição do objeto litigioso, na medida em que caracteriza-se como verdadeiro *acto trium personarum*⁷⁸.

Além disso, as questões materiais ou processuais, sejam de mérito ou transversais, de importância secundária, devem ser sujeitadas à manifestação das partes, com fulcro no contraditório e na relação de paridade na condução do processo

⁷⁵ MITIDIERO, 2007, p. 53.

⁷⁶ KNIJNIK, 2007 apud MITIDIERO, 2007, p. 71.

⁷⁷ Os fatos alegados e o direito afirmado compõem a causa de pedir, provando a incidência da teoria da substanciação da causa de pedir.

⁷⁸ MITIDIERO, 2007, p. 78.

entre Estado-juiz e partes. Inclusive nas questões que o juiz tem o dever de conhecer de ofício⁷⁹. Isto consiste no dever de esclarecimento e de prevenção do órgão jurisdicional para com as partes, notável no processo como cooperação judicial em que todos participam concretamente.

A profundidade da participação dos envolvidos no processo alcança tão longe que adentra-se em um debate sobre a relativização da revelia, nos termos que existe hoje. O direito brasileiro reputa verdadeiras as alegações de fato ditas pelo demandante, caso ausente a contestação. Em um processo colaborativo, no entanto, mais proveitoso para a decisão justa – finalidade última do processo – é que fossem consideradas fictamente contestadas as alegações de fato do demandante, oportunizando os participantes ao debate sobre a causa. Esta medida, inevitavelmente, resulta em um processo mais comprometido com a verdade e com o diálogo.

O diálogo judiciário é produto irrefutável de um processo cooperativo, pois evidenciará a importância que se dá ao que as partes contribuem em juízo. Nesse diapasão, as partes assumem maiores obrigações quando iniciada a lide processual, afinal serão diretamente responsáveis pelo resultado obtido através do Poder Judiciário.

Procedimentalmente alcançaremos o processo como cooperação judicial com a convergência de todos os envolvidos em relação ao sentimento-consciência da necessidade de um processo calcado no diálogo como pressuposto para a conformação de um processo mais justo e adequado.

É um terreno cujo privilégio dirige-se às audiências e ao debate oral, suprimindo algumas formalidades que emperram a intervenção das partes. Nas audiências, tem-se uma circunstância mais favorável à conversa entre os envolvidos na busca de solucionar, por exemplos, invalidades processuais que impedem a viabilidade do processo, ou seja, impedem o saneamento/organização da causa. Oportunidade em que as partes devem valorar os vícios constatados, como corolário do dever de consulta que incumbe ao juiz.

⁷⁹ GRECO apud MITIDIERO, 2007, p. 79.

Qualquer decisão que decreta a invalidade de ato processual sem o prévio diálogo com as partes é ineficaz dentro de um processo civil de estrutura cooperativa⁸⁰. Ressaltando-se que o diálogo deve ser efetivo – isto quer dizer que a manifestação das partes deve ser levada em conta porquanto da decisão judicial – e não mera formalidade para a decisão.

É a teoria do processo preocupada com o desenrolar de um processo mais dialogal possível, atendendo, destarte, as impositões constitucionais. É o processo polarizado pelo diálogo.

5.1.2 Reinvenção do convencimento motivado e dever de fundamentar as decisões

O princípio do livre convencimento motivado compõe um leque de normas de informam sobremaneira a decisão judicial, incrementando uma lógica racional como método de hermenêutica. Visa-se um sistema de convicção racional em que as provas não possuíssem valor escalonado previamente pela lei.

No Brasil, adota-se o convencimento motivado – ou persuasão racional – como método de valoração das provas, cujo fundamento consiste na não-desvinculação do juiz às provas e elementos probantes dos autos, não obstante sua apreciação não esteja jungida a critérios predeterminados na legislação⁸¹. O que pode-se ver nos arts. 131 e 436 do CPC.

O processo como cooperação judicial funda-se, de maneira inequívoca, sobre o mote de decisões judiciais mais íntimas do valor-justiça. Com efeito, a consecução de uma decisão justa endossa a necessidade de que o princípio do convencimento motivado seja reinventado, confiante em um processo mais dialogal. Contudo, não basta que a parte influa no convencimento da decisão se não lhe é dada a possibilidade de debate pelo órgão jurisdicional.

⁸⁰ MITIDIERO, 2007, p. 89

⁸¹ CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2011, p. 74.

Imperioso aduzir que o Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado n. 166/2010)⁸² incorpora um convencimento motivado em que o juiz deve observar as provas e fundamentos apresentados pelas partes, evitando, com isso, decisões surpresas. Em seu art. 8º, *e.g.*, giza-se o dever das partes e de seus procuradores (de acordo com as alterações apresentadas no relatório-geral do Senador Valter Pereira) de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Não suficiente, o Novo CPC, aprovado com a redação atual, coloca à lume, em seu 9º a vedação da decisão surpresa quando positiva que o juiz não proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se necessário. O art. 10, ainda mais límpido, limita o livre convencimento motivado quando revoluciona a fundamentação da decisão porquanto assevera que o magistrado não pode decidir, em nenhum grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

Destacando-se os arts. 9º e 10 do Novo Código de Processo Civil, ainda em forma de Projeto de Lei, dá-se guarida a vedação de decisões surpresa, de sorte a impor diretrizes à persuasão racional, uma vez que o juiz, sob a égide da novel legislação, terá que apreciar os pontos postos à baila pelas partes, enfrentando os fundamentos deduzidos, sejam concernentes à prova ou à fundamentação.

De bom alvitre endossar a importância do princípio do convencimento motivado como instrumento de encadeamento de uma justiça efetiva e concreta, pois às partes incumbe a produção de provas e de fundamentos. Neste contexto, no que se refere à produção de provas, as partes tomam feição de uma posição de destinatárias, já que, a partir do contraditório, contribuem com a fundamentação das decisões judiciais. O dever de fundamentação das decisões consubstancia na última manifestação do contraditório⁸³.

⁸² Vale destacar que o presente estudo repousa sobre o Projeto de Lei do Senado n. 166/2010, com a ressalva de que reformas podem ter sido implementados, e, quiçá, a publicação do novel Código de Processo Civil

⁸³ MITIDIERO, 2007, p. 102.

Resta-nos dizer, neste ponto, que o processo como cooperação judicial caracteriza a decisão judiciária como um resultado dialógico do transmutar do processo, oferecendo oportunidades de debates e fulminando decisões desconexas com a realidade dos autos. É dever do juiz, ao fundamentar, atentar para o que foi dito e produzido pelas partes, de modo, inclusive, a intensificar a pacificação social da lide efetivamente. Afinal, um processo justo possui esteio em uma decisão justa⁸⁴.

5.1.3 Radicalização do contraditório

A Constituição da República Federativa do Brasil alargou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CRFB/88). Neste âmbito, o direito de defesa compreende o *direito de informação*, *direito de manifestação* e *direito de ver seus argumentos considerados*⁸⁵.

Ao presente estudo, melhor aproveitam-se as dimensões de manifestação e de ver seus argumentos considerados. A primeira dimensão garante à parte (considerando o direito de defesa em sentido amplo) o direito de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo⁸⁶. Ao seu turno, a segunda dimensão compreende a exigência do julgador de possuir capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas, não sendo suficiente tomar conhecimento dos argumentos, mas sim conferir-lhes atenção, considerando, séria e detidamente as razões apresentadas⁸⁷.

Assim, em fase do modelo do formalismo-valorativo, tem-se a radicalização do contraditório. Isto porque, em um processo como cooperação judicial, este adequado ao modelo sobredito, o diálogo deve ser intensificado, sob o jugo da lei quando atender às necessidades do caso concreto.

O direito ao contraditório leva à previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material acostado durante o processo⁸⁸. O dever de debate sobressai-se exatamente no momento da decisão da causa, tendo em vista que esta

⁸⁴ Idem, p. 99.

⁸⁵ BRANCO, COELHO, MENDES, 2010, p. 646-647.

⁸⁶ Idem, p. 646.

⁸⁷ Idem, p. 647.

⁸⁸ MITIDIERO, 2007, p. 100.

deontologicamente, com fito na justiça do caso, deve ser construída ao longo do processo de modo a todos os envolvidos encontrarem-se respaldados pelo que fora gizado no *decisum*. Destarte, todo e qualquer elemento assentado na decisão não alija a obrigação de ter sido previamente conversado e debatido entre as partes.

Repise-se: em um processo sob o forte da colaboração, todos os elementos que guardem possibilidade de influir na decisão da causa devem ser objeto de diálogo, mesmo aqueles que o juiz possa apreciar de ofício.

Mitidiero⁸⁹, em uma pesquisa de direito comparado, mostra experiências pelo mundo que corroboram o diálogo como vetor determinante para produção de decisões, *in verbis*:

No direito português, esse dever encontra-se contemplado no art. 3º, n. 3, Código de Processo Civil (“o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”); no direito alemão, no § 139, ns. 2 e 3, Zivilprozessordnung (já transcrito retro); no direito francês, art. 16, Nouveau Code de Procédure Civile (...); no direito italiano, art. 183, n. 3, Codice di Procedura Civile (“il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d’ufficio dele quali ritiene oportuna la trattazione”).

Evidencia, então, uma tendência global de radicalizar o contraditório, fazendo do processo um ambiente propício para horizontalização do diálogo. Atesta a preocupação do direito em várias partes do mundo em relação ao que já foi dito alhures, qual seja: evitar a decisão surpresa.

⁸⁹ MITIDIERO, 2007, p. 100, nota de rodapé n. 531.

6 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, ultrapassamos a limitação das teorias postas e, baseado em literatura atual, ousamos 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.

Contudo, 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 oportuno João Baptista Herkenhoff 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.” (1997, p. 20). 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 que as normas processuais infraconstitucionais sofre 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 adequa ao direito fundamental prejudica a tutela jurisdicional efetiva e justa. Uma possível omissão legislativa deve ser suprida, portanto, pela técnica processual provida dos valores e princípios constitucionais, 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.

Dito isto, passou-se a analisar o processo como cooperação judicial em face de um modelo cooperativo de processo. Impõe-se que, atualmente, o processo que culmine em uma justa decisão deve ser tangenciado por uma postura proativa do juiz, com fito especial na consecução de uma decisão judicial justa relativamente ao caso concreto. É, pois, a necessidade de um magistrado com dupla função – paritário diálogo e assimétrico na decisão –, sem não mencionar o reforço e protagonismo no papel das partes, que radicaliza o contraditório.

Neste feita, o contraditório radicalizado povoa a atuação das partes no âmago do processo, uma vez que existe um elo teleológico entre a verdade – obtida sobremaneira pelo contraditório, pelo diálogo – e o processo. Com efeito, as partes passam a perceber-se como agente influenciadores do transcorrer do processo, participando ativamente das fases internas do processo, reconhecendo-se neste. Viu-se que a participação das partes está deontologicamente jungida a uma participação concreta. Como consectário, tem-se que as partes passam a também ser responsáveis pelo resultado logrado no transcurso processual.

Nesse terreno, privilegia-se o diálogo, as audiências, o debate oral. A conversa é notadamente favorecida e pedra angular deste ideário. É imperioso ver o processo polarizado pelo diálogo.

Em outra parte, outrossim, nota-se o redesenho do convencimento motivado aliado ao dever de fundamentar as decisões. Estas decisões judiciais, em um processo como cooperação judicial, tem maior intimidade com o valor justiça, tal como trará a lume o Novo Código de Processo Civil. A fundamentação, a seu turno, será povoada por argumentos já conhecidos das partes, porque fruto do debate e do diálogo, sendo defeso que o juiz possa valer-se de argumentos que às partes não foram oportunizados o conhecimento.

O juiz deve, ademais, enfrentar os argumentos postos pelas partes, tanto para infirmá-los quanto para endossá-los. O contraditório, em um processo pautado na cooperação judicial, é corolário da decisão judicial.

Isto corrobora a radicalização do contraditório, entendendo-se como a dimensão de manifestação e a dimensão de notar seus argumentos sendo considerados quando do *decisum*.

Há, assim, no processo como cooperação judicial a verticalização de uma forte pacificação social, escamoteando o que, por vezes, ocorre, sobretudo quando a parte não se sente contemplada com a decisão, isto é, a permanência da lide no mundo dos fatos.

Nesta realidade, as partes titularizam o direito de ver sua controvérsia devidamente contornada, de sorte a, efetivamente, pacificar o conflito.

Enfim, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, bem como a evolução do modelo processual para o cooperativo, conduz a teoria à obtenção de decisões atentas à justiça do caso concreto, que será alcançada a partir de um contraditório radicalizado, de incrementar o protagonismo das partes e da impositação de maiores deveres ao juiz togado no desenrolar do processo.

Vê-se, assim, que a teoria geral do direito processual civil precisa ser revisitada para apreender que os anseios sociais influem no desiderato de um processo mais dialogal, com fulcro no debate e na oralidade, sempre que possíveis. Isto é consectário da constitucionalização do direito infraconstitucional, que respinga também no direito processual e em sua teoria geral.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 3.ed. São Paulo: 2009.

_____. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 90, 2003, p. 55-84.

ALVES, Marina Vitório. **Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções**. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, p. 133-145, ago. 2012.

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. 27-65, jul./dez. 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. I, 2007.

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

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. 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: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico**. Disponível em: <https://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_jur%C3%ADdico>. Acesso em: 22 de ago. 2014.

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

_____. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito Processual Civil**. 13.ed. Rio de Janeiro: Edit. 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.

GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório**. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 24, p. 71-79, 2005.

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 editora, 2001.

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

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 1.

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

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. 2007. 147 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. III, p. 435

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

TRINDADE, André Karam. **Crítica à imprecisão da expressão neoconstitucionalismo**. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-19/diario-classe-critica-impresicao-expressao-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 20 de out. 2014