
FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CONSIDERAÇÕES SOBRE O NEOPROCESSUALISMO E SEUS
REFLEXOS NO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA**

Karina Peres Silvério

R.A. 001.0.08.223 – 8º termo A

Presidente Prudente/SP

2011

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CONSIDERAÇÕES SOBRE O NEOPROCESSUALISMO E SEUS
REFLEXOS NO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA**

Karina Peres Silvério

R.A. 001.0.08.223 – 8º termo A

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Gilberto Notário Ligerio.

Presidente Prudente/SP

2011

CONSIDERAÇÕES SOBRE O NEOPROCESSUALISMO E SEUS REFLEXOS NO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito

GILBERTO NOTÁRIO LIGERO
Orientador

RODRIGO LEMOS ARTEIRO
Examinador

DANIEL GUSTAVO DE OLIVEIRA COLNAGO RODRIGUES
Examinador

Presidente Prudente/SP, 31 de Outubro de 2011

“O caminho da vida pode ser o da liberdade e da beleza, porém nos extraviamos. A cobiça envenenou a alma dos homens, levantou no mundo as muralhas do ódio e tem-nos feito marchar a passo de ganso para a miséria e os morticínios.

Criamos a época da velocidade, mas nos sentimos enclausurados dentro dela. A máquina, que produz abundância, tem-nos deixado em penúria.

Nossos conhecimentos fizeram-nos céticos; nossa inteligência, emperdenidos e cruéis. Pensamos em demasia e sentimos bem pouco. Mais do que máquinas, precisamos de humanidade, mais do que inteligência, precisamos de afeição e doçura, sem essas virtudes, a vida será de violência e tudo estará perdido.”

O Discurso Final de "O Grande Ditador" - Charles Chaplin

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus que sempre me fortaleceu na fé, me dando coragem para enfrentar os obstáculos e sabedoria para trilhar o meu caminho.

Aos meus pais, pelo incentivo e pela confiança. Principalmente a minha mãe que com carinho e dedicação sempre esteve presente em todos os momentos da minha vida. E ao Wagner, pela paciência e orientação.

A minha família, que permanece sempre unida e forte acompanhando a meu crescimento e as minhas escolhas, sobretudo a minha avó Maria de Lourdes, a minha prima Amanda e ao meu irmão Felipe.

Aos meus amigos e colegas, em especial Francielle, Izabella, Bruno, Pedro, Juliana, Thiago, Barbara, Gabriela e Amanda, que sempre me proporcionaram momentos bons e alegres.

A Renata Mazzaro, pela preocupação, dedicação e orientação, que no momento mais difícil da conclusão deste trabalho não me deixou desistir.

Ao Thiago Tadashi Sugui, pelo carinho, pela paciência e pelo apoio, durante muitos anos da minha vida, que foram essências para o alcance dos meus objetivos.

Ao meu orientador e professor Gilberto Notário Ligerio pela paciência, pela disposição e pelos ensinamentos, que foram fundamentais na concretização desse trabalho.

Aos colegas que aceitaram carinhosamente o convite para comporem a mesa da banca examinadora.

A todos os professores da Faculdade Antonio Eufrásio de Toledo, pelos ensinamentos e experiências que me ajudaram na formação acadêmica.

Enfim, a todos aqueles que aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, e fazem dos meus dias cada vez melhores.

Muito Obrigada.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a apresentação do Neoconstitucionalismo como uma nova teoria de aplicação e interpretação do direito constitucional, sob as perspectivas da supremacia da constituição, do desenvolvimento de uma nova hermenêutica e da expansão da jurisdição constitucional. As mudanças trazidas pela nova dogmática da Constituição influenciaram o modelo processual, desenvolvendo fenômenos como a constitucionalização dos princípios processuais, a criação do processo cooperativo e o aumento do poder dos juízes. Essas mudanças acarretaram o surgimento do Neoprocessualismo, denominado como a quarta fase metodológica do direito processual. Assim, as diversas modificações sofridas pelo direito constitucional e processual fizeram com que o princípio do acesso a justiça se consagrasse não apenas como garantia da prestação jurisdicional, mas como um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo; Supremacia da Constituição; Neoprocessualismo, Princípios e Garantias Fundamentais; Hermenêutica Constitucional; Acesso à Justiça

ABSTRACT

The scope of this paper is the presentation of neoconstitutionality as a new theory to implementation and interpretation of constitutional law, the perspectives of the supremacy of the constitution, the development of a new hermeneutics and the expansion of constitutional. The changes brought by the new dogmatic constitution influenced the procedural model, developing phenomenal as the constitutionalisation of procedural principles, the creation of the cooperative process and increasing the power of judges. These changes led to the emergence of Neoprocessualism, termed as the fourth phase of the methodological procedural law. Thus, the various changes undergone by the constitutional law and procedure made the principle of access to justice enshrined not only as a guarantee of adjudication, but as a fundamental right to effective judicial protection, swift and appropriate.

Key words: Neoconstitutionality: Supremacy of the Constitution: Neoprocessualism Fundamental Principles and Guarantees; Hermeneutics Constitutional Access to Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 NEOCONSTITUCIONALISMO	11
2.1 Aspectos Históricos – A Evolução do Constitucionalismo	13
2.2 Aspectos Filosóficos	17
2.3 Aspectos Teóricos	21
2.3.1 Supremacia da constituição	21
2.3.2 Rigidez constitucional	23
2.3.3 Garantia jurisdicional da constituição	23
2.3.4 Sobreinterpretação da constituição	25
2.3.5 Aplicação direta das normas constitucionais	25
2.3.6 Expansão da jurisdição constitucional	26
2.3.7 Nova dogmática de interpretação	28
3 NEOPROCESSUALISMO	31
3.1 Fases Metodológicas do Processo	31
3.1.1 Sincretismo	33
3.1.2 Autonomia do direito processual	34
3.1.3 Instrumentalismo	35
3.1.4 Formalismo - valorativo	36
3.2 Conceito	37
4 INSTITUTOS PROCESSUAIS NA FASE NEOPROCESSUALISTA	39
4.1 Princípios Constitucionais Processuais	39
4.1.1 Princípio do devido processo legal	40
4.1.2 Princípio do contraditório	41
4.1.3 Princípio da ampla defesa	41
4.1.4 Princípio da duração razoável do processo	42
4.1.5 Princípio da boa fé processual	42
4.1.6 Princípio da efetividade	43
4.1.7 Princípio da adequação do processo	43
4.2 Processo Civil Cooperativo	44
4.3 Nova Fase do Ativismo Judicial	46
5 PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA	49
5.1 Pontos Históricos – “Ondas” do Acesso à Justiça	50
5.2 Uma Nova Visão do Princípio do Acesso à Justiça a Partir do Neoprocessualismo	52
6 CONCLUSÃO	56
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 INTRODUÇÃO

O tema central do presente trabalho é apresentar o direito o processual com um novo conceito, relacionando o com os institutos processuais e com o Princípio do Acesso à Justiça.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã, institui diversos direitos e garantias fundamentais, com a finalidade de garantir a dignidade da pessoa humana e melhores condições de vida.

O surgimento do Neoconstitucionalismo, fez com que esses direitos e garantias avançassem da abstração para concretude, por intermédio da instituição de força normativa aos princípios constitucionais e da adoção de uma hermenêutica que possibilitou ao juiz construir a norma jurídica ao caso concreto.

O desenvolvimento dessa nova metodologia constitucional ocasionou diversas mudanças no modo de aplicação e interpretação do direito. As primeiras transformações vieram com o reconhecimento da supremacia da constituição e a instituição de força normativa aos princípios constitucionais.

Posteriormente, decorreram outras alterações como a sobreinterpretação da constituição, a aplicação direta das normas constitucionais, nova dogmática de interpretação e a expansão da jurisdição constitucional.

Nesse contexto, surgiu o Neoprocessualismo, quarta fase metodológica da ciência do processo, também denominado como o formalismo-valorativo, que é o estudo e a aplicação do Neoconstitucionalismo ao Direito Processual.

A estreita relação da constituição com o processo, fez com que aparecesse o direito processual constitucional, na medida em que as normas processuais passaram a ser aplicadas de acordo com os valores consagrados na constituição.

Assim, o Neoprocessualismo sofreu algumas alterações em seus institutos, como o surgimento dos princípios processuais constitucionais, o

desenvolvimento de um processo cooperativo, a modificação no ativismo judicial, e ainda, uma ampliação no conceito do princípio do acesso à justiça.

O objetivo da dissertação é comprovar que as modificações trazidas pelo Neoconstitucionalismo, influenciaram diretamente os institutos do direito processual, de modo que o processo passou ser um instrumento de efetividade e eficácia, ocasionando uma ampliação no conceito de Acesso à Justiça.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

O Neoconstitucionalismo é uma recente metodologia de aplicação do direito conforme os ditames da constituição, sendo, ainda, fruto de intensas discussões acerca de seu conceito. Para alguns doutrinadores, trata-se de uma nova teoria do direito, associada a uma inovação da filosofia (MOREIRA, 2008, p. 17). Outros entendem ser um movimento ideológico que busca uma substituição do decadente positivismo jurídico (MOLLER, 2011, p. 23). E há ainda, aqueles que atêm ser um novo método de compreensão jurídica (CAMBI, 2009, p 79).

Todos esses posicionamentos são defensáveis, tendo em vista, que o Neoconstitucionalismo ocasionou inúmeras modificações na ciência do direito, cominando em repercussões no plano ideológico e pragmático.

Sarmento comenta (2009):

Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Cabonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guarda entre si denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.

Assim, verifica-se que não há uma definição precisa do termo Neoconstitucionalismo, nada obstante, cabe ressaltarmos as principais características e alterações no sistema jurídico, trazidas por esse novo modelo.

As mudanças provocadas pelo atual movimento implicaram numa aproximação do direito com a moral, a partir da adoção de normas abertas e do reconhecimento da força normativa dos princípios fundamentais, elementos estes que condicionaram a atividade interpretativa do julgador.

Conforme o entendimento do doutrinador Cunha Junior (2009, p. 39), o neoconstitucionalismo apresenta-se como uma nova forma de interpretação e aplicação do direito constitucional, que ostentou a transição do Estado Legislativo de

Direito para o Estado Constitutivo de Direito¹, o que vale dizer que a Constituição se tornou o centro do ordenamento jurídico, alcançando todos os ramos do direito.

Ainda, Barroso (2005) define:

[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do estado constitucional de direito, cuja a consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Assim, Cambi e diversos doutrinadores esquematizaram as principais mudanças trazidas pelo Neoconstitucionalismo, dividindo-as em três aspectos: histórico, filosófico e teórico (CAMBI, 2007).

Quanto ao ponto filosófico, o positivismo jurídico e o jusnaturalismo não alcançaram as mudanças trazidas pelo Neoconstitucionalismo, deste modo, criou-se uma nova teoria, denominada neopositivismo que além de adotar as características próprias do novo modelo constitucional, resgatou algumas discussões sobre princípios e valores com correspondência a moral (MOLLER, 2011, p.45).

Ademais, a nova teoria jurídica é marcada pelo trânsito do direito constitucional para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da Constituição como verdadeira norma jurídica, com força vinculante, dotada de supremacia e intensa carga valorativa (CUNHA, 2009, p.39).

Enfim, o Neoconstitucionalismo trouxe uma nova interpretação à constituição, unindo o direito à moral, por meio da instituição de força normativa aos princípios constitucionais que representam os valores da sociedade. Além disso,

¹ A constituição torna-se a principal fonte de direito, juntamente com os princípios, que ganharam força normativa, e passaram a ser o centro do ordenamento jurídico, influenciando todos os outros ramos do direito.

esse novo modelo trouxe a supremacia da constituição em relação ao ordenamento jurídico e a vinculação da atividade pública e privada

2.1 Aspectos Históricos – A Evolução do Constitucionalismo

O nascimento das constituições está vinculado com os movimentos do constitucionalismo, que ocorreram a partir da antiguidade clássica até os tempos modernos.

O termo “constitucionalismo” nos leva a diversas acepções, que podem ser identificadas de acordo com o momento histórico, ou ainda, pode estar relacionado com as conseqüências que esse movimento trouxe para diversas nações.

Há quem entenda, que existem quatro definições do constitucionalismo. A primeira definição refere-se a um movimento político-social, com origens históricas, que visam particularmente limitar o poder arbitrário, tese defendida pelo italiano Gustavo Zagrebelsky. O segundo entendimento, argui que esse movimento está relacionado com a imposição de uma carta de direitos escrita. Amparada pelo jurista português José Gomes Canotilho, a terceira definição relaciona-se com certos propósitos encontrados nas constituições, que trazem uma evolução histórico-constitucional do Estado. E por fim, de acordo com o filósofo alemão Karl Lowenstein, constitucionalismo é a busca das limitações do poder absoluto exercido pelos detentores do poder (LEITE, 2007).

De acordo com alguns juristas brasileiros, constitucionalismo originou-se de movimentos políticos e filosóficos inspirados em ideais de liberdade humana, buscando a criação de meios que limitassem e controlassem o poder político. Essa proposta, em primeiro momento, não estava condicionada a existência de uma constituição escrita, mas de uma sociedade politicamente organizada (CUNHA, 2009, p.33).

Luiz Roberto Barroso (2009) define:

Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia (Estado de direito, *rule of the Law*, *Rechtsstaat*) da lei. O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira.

A evolução dos movimentos constitucionais dividiu-se em três momentos: Constitucionalismo Antigo, Constitucionalismo Moderno e Constitucionalismo Contemporâneo.

Durante o Constitucionalismo Antigo, houve pequenas manifestações constitucionais, que iniciaram-se na antiguidade clássica, com os hebreus. Estes possuíam um regime de poder teocrático e foram os primeiros a criarem limitações ao poder dos governantes, por meio das leis divinas, também denominadas como “Leis do Senhor”.

Posteriormente, vieram os gregos, com a presença marcante das cidades-estados. Atenas foi uma importante *polis* que estabeleceu a participação dos cidadãos nos assuntos políticos por meio das Assembléias, foi nessa época que consolidou-se a democracia direta. Essa característica foi marcante no desenvolvimento do constitucionalismo, pois o poder irrestrito foi limitado pela participação do povo na vida política, ainda que na sua minoria (MONTEIRO, 2007, p. 1). Na Roma Antiga, também se desenvolveram as cidades-estados, bem como um sistema de governo muito semelhante ao criado pelos gregos.

A democracia clássica não durou muito tempo, a participação de apenas dez por cento da população nas escolhas políticas, não foi suficiente para controlar o poder dos governantes, que ultrapassaram seus domínios, acarretando a queda da república, e a ascensão do Império Romano, o que significou uma interrupção na evolução do constitucionalismo (BARROSO, 2009, p. 7/8).

Com a queda do feudalismo, ante as diversas crises que atingiram a Europa, surgem os estados absolutistas, marcando o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna.

O ressurgimento de alguns ideais do constitucionalismo ocorreu na Inglaterra. Naquela época conservava-se a centralização do poder na figura do rei, o

qual exercia seu domínio com medidas extremamente autoritárias, ocasionando um descontentamento da nobreza que revoltou-se, promulgando a Magna Carta, um documento escrito que determinava limitações ao poder monárquico e a consolidação do Parlamento, partido formado por membros da nobreza e do clero (SOUSA, 2010). Foi a partir desse documento, que posteriormente surgiram outras tantas cartas escritas, como a *Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act* e *Bill of Rights*.

Nos séculos XVII e XVIII, o constitucionalismo ganhou reforço com as idéias iluministas. Esse movimento buscava o fim do Antigo Regime e a ascensão de uma nova classe, a burguesia; além de ser a vertente inspiradora da Revolução Francesa e da Independência das Colônias Americanas (CUNHA, 2009, p.35).

O constitucionalismo atinge seu ápice, em 1776, com a Independência das Colônias Americanas e a instituição da primeira Constituição escrita dos Estados Unidos da América, tendo como principais características, a organização do estado e a limitação do poder estatal por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais. Diante das diversas fases do constitucionalismo, foi nesse momento que se estabeleceu o ponto de distinção entre o constitucionalismo antigo e o constitucionalismo moderno. Onde o primeiro adotou medidas que limitassem o poder do governo, sem a produção de um texto escrito; enquanto que o segundo se revestiu de uma constituição escrita e pautada na declaração de direitos e garantias fundamentais (CUNHA, 2009, p. 35/36).

Em seguida, juntamente com a expansão das idéias iluministas, eclodiu a Revolução Francesa (1789), que pregava o lema “liberdade, igualdade e fraternidade”. Esse movimento foi responsável pela transição do estado monárquico absolutista para um estado liberal de direito, caracterizado pela mínima intervenção do estado na economia e por uma desigualdade social, pautada na isonomia meramente formal.

Em 1791 foi proclamada a primeira Constituição da França, que instituiu os direitos individuais e a tripartição de poderes: o legislativo, compostos por cargos eletivos; o executivo, exercido pelo Rei e o judiciário.

A Constituição Francesa e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1791, serviram de inspiração para as demais constituições

que se espalharam por toda Europa, até o final do constitucionalismo moderno (SOUSA, 2010).

O constitucionalismo contemporâneo iniciou-se na época em que se eclodiram as duas grandes guerras mundiais, e ganhou mais força em 1945 com o fim da segunda guerra mundial e com o fracasso dos regimes totalitários. Foi nesse momento que as constituições sofreram a transição de constitucionalismo liberal para o constitucionalismo do estado social, que previa a intervenção do estado nos assuntos sociais e econômicos.

As grandes constituições que surgiram nesse período foram a Constituição Mexicana, em 1917 e Constituição de Weimar, em 1919. No Brasil a primeira constituição que resguardou os direitos sociais foi promulgada apenas em 1934.

As cartas de direito que sobrevieram no pós-guerra apresentavam determinadas peculiares, como a instituição de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão frente aos abusos do estado, mecanismos efetivos de controle da constituição, além de textos amplos, extensos e analíticos (CAMBI, 2007).

No Brasil, a primeira constituição escrita foi outorgada por Dom Pedro I em 1824, durante o império. Posteriormente vieram mais seis cartas de direitos, no entanto foi na Constituição de 1988 que se consagraram as principais características do estado social, trazendo em seu bojo proteção dos direitos e garantias fundamentais, bem como a positivação de direitos sociais como a educação, seguridade social e cultura.

O constitucionalismo está em constante desenvolvimento, buscando sempre alcançar as transformações da sociedade. Nesse contexto, recentemente, surgiu o Neoconstitucionalismo, que trouxe a transição do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitutivo de Direito, o que significou o reconhecimento da supremacia máxima da constituição e a sua influência em todo o ordenamento jurídico (CUNHA, 2009, p. 39).

2.2 Aspectos Filosóficos

O pós-positivismo surgiu como uma das conseqüências do Neoconstitucionalismo, durante a segunda metade do século XX. Essa nova teoria marcou uma superação dos movimentos jusnaturalistas e positivistas, mas não deixou de manter algumas das principais características dessas correntes filosóficas.

O jusnaturalismo surgiu na antiguidade clássica com os gregos e romanos, a partir dos estudos de Platão e Aristóteles, que desenvolveram pensamentos sobre o direito a partir das leis da natureza.

Posteriormente, essa corrente tomou mais força com os ideais de São Tomé de Aquino e Santo Agostinho, que acreditavam na existência de uma força divina superior ao poder dos homens. Nesse diapasão surge a Escola Escolástica, que pregava a vinculação da ética com a religião.

Durante toda a Idade Média até século XVIII, acreditava-se que a lei divina era perfeita, imutável e superior a qualquer outra espécie de lei, sendo dever de todo homem, conhece - lá e respeita - lá.

No curso dos séculos, com o desenvolvimento da sociedade capitalista, burguesa e urbana, o jusnaturalismo sofreu algumas alterações quanto a sua origem, no qual deixou de ser divino e passou a ser produto da razão humana (MOLLER, 2011, p. 53).

Assim, surge a Escola Natural Clássica, que teve como um de seus precursores o filósofo Hugo Grócio. O aparecimento da razão humana possibilitou um avanço na teoria jusnaturalista, ao passo que a razão não dependia mais de uma crença religiosa que era imposta, mas, sim, fruto da natureza de um ser racional.

Contudo, o aparecimento do racionalismo permitiu um grande progresso na teoria jusnaturalista, pois possibilitou uma universalização dos direitos, sem depender da repressão imposta pelo direito divino. O processo de racionalização desenvolveu os direitos necessários e inerentes aos homens por uma

simples condição humana, a razão, que entendia não se alterar no tempo e nem no espaço (MOLLER, 2011, p. 61).

Podemos caracterizar o jusnaturalismo como uma teoria jurídica que desenvolveu as técnicas de interpretação e sistematização do direito, sem se preocupar com os elementos formais. Esse movimento converge sua atenção para o elemento axiológico, buscando proclamar a ordem social segundo os princípios da justiça (NADER, 2010, p.179).

Segundo Luiz Roberto Barroso (2002), o jusnaturalismo caracteriza-se pela existência de um direito natural, que consiste no reconhecimento de leis e valores não decorrentes da norma jurídica. Na antiguidade clássica, essa corrente filosófica tinha como fundamento a vontade de Deus. Já no século XVII, durante a Idade Moderna, o jusnaturalismo procurou superar os aspectos teológicos, baseando-se na razão humana.

O direito natural foi substituído pela teoria positivista, em razão das inúmeras críticas que sofreu durante o século XIX. As principais críticas estavam relacionadas a segurança jurídica e a certeza do conteúdo do direito.

Sob a perspectiva de Max Moller (2011, p.69):

[...] a ausência de uma enunciação destas normas superiores acaba por deixar direitos dos mais importantes à total discricionariedade dos encarregados de sua interpretação.

Nesse contexto, nasceu o positivismo jurídico, incorporando o positivismo filosófico, que buscou instituir uma ciência jurídica com características análogas as ciências exatas (CAMBI, 2009, p.79).

O positivismo jurídico teve suas primeiras manifestações na Alemanha, França e Inglaterra. Na Alemanha, o movimento que ficou conhecido foi o *pandectismo*, que entendia que a lei era produto da história de um povo e da vontade racional. Já na França, que possuía uma codificação própria, surgiu a escola da exegese, que era voltada para discussões a respeito da forma mais adequada de interpretação do Código Napoleônico (1804). E ainda, na Inglaterra,

pela edificação da escola analítica, que defendia que toda lei por simples que fosse, deveria ser imposta por uma pessoa soberana.

No entanto, diante das diversas doutrinas que apareceram durante os anos, a que se mais destacou foi a Teoria Pura do Direito delineada por Hans Kelsen. Essa teoria procurou dissolver a relação entre o *ser* e *dever ser*, buscando diferenciar o que é jurídico e do que não é jurídico. Para este filósofo o *dever ser* jurídico não se enraíza em qualquer fato social, histórico ou antropológico (BITTAR, ALMEIDA, 2002, p. 336).

Kelsen entendia que a norma jurídica era instituída através da ciência do direito devendo ser desprovida de qualquer outra influência que fosse externa. Assim, o sistema jurídico era caracterizado por ser auto-suficiente e fechado, sendo a estrutura hierárquica das normas, o fundamento de validade das leis.

Para uma norma ser válida ela não precisa ser verdadeira ou falsa, mas estar em conformidade como os procedimentos formais de criação. Para Kelsen, o tema justiça possui cunho eminentemente moral, desse modo, uma lei positivada poderia contrariar os dogmas da justiça, e nem por isso deixaria de ser válida (BITTAR, ALMEIDA, 2002, p. 343).

O positivismo jurídico, inspirado pela doutrina de Hans Kelsen, trouxe algumas peculiaridades, que devem ser ressaltadas, como:

i) a identificação plena do direito com a lei; ii) a completude do ordenamento jurídico (não admissão de lacunas); iii) o não reconhecimento dos princípios como normas; iv) a dificuldade para explicar os conceitos indeterminados; v) a identificação entre vigência e validade da lei; vi) o formalismo jurídico; vii) o não tratamento das questões de legitimidade do direito. (CAMBI, 2009, p.79)

A codificação foi o elemento essencial do positivismo jurídico, que buscava ser o mais completo possível para que não desse liberdade para a interpretação dos juízes. Essa positivação do direito, também visava controlar os avanços da burguesia frente às condições penosas do proletariado, característica que se desenvolveu durante o estado liberal.

O positivismo jurídico acreditava que o direito para ser completo deveria ser sem lacunas, sem antinomias e sem ambigüidades, visando proporcionar a segurança jurídica, não cabendo ao juiz ir além da declaração do texto de lei. Por essa razão os princípios não eram admitidos como normas autônomas, sua utilização se resumia como função menor e acessória para preencher eventual lacuna jurídica. (CAMBI, 2009, p.80).

O formalismo jurídico, também foi uma consequência da codificação, pois para que o ordenamento seja completo é necessária a criação de muitas normas, sendo que essas normas irão decorrer de um procedimento anterior a sua elaboração, por meio do chamado método dedutivo.

E por fim, em relação do principio da legalidade, o juspositivismo preceitua que para uma norma ser valida dependerá da sua forma de produção, e não de seu conteúdo, característica esta que foi responsável pela a separação entre o direito e moral.

O positivismo jurídico sofreu algumas mudanças ao longo das décadas, mudanças estas que foram necessárias em razão da evolução da sociedade, no entanto essas mudanças não foram suficientes para acompanhar o desenvolvimento jurídico.

Essa filosofia jurídica perdurou até o início do século XX, pois foi nessa época que o positivismo sofreu intensas criticas, principalmente sobre os fundamentos de que o direito havia se apartado da ética.

Diante deste contexto surge o pós-positivismo, uma recente corrente filosófica que influenciou consideravelmente o Neoconstitucionalismo.

O neopositivismo buscou uma reaproximação entre o direito e a ética, através do reconhecimento de valores sociais, como a dignidade humana, a igualdade, a razoabilidade, enfim valores que se tornaram princípios constitucionais, e que são aplicados no ordenamento jurídico independentemente de existir regra prevista em lei.

Podemos entender que o neopositivismo é uma corrente filosófica marcada pela superação legalista, pela ascensão de princípios constitucionais e por uma nova dogmática de interpretação constitucional (BARROSO, 2005).

2.3 Aspectos Teóricos

A análise deste aspecto está relacionada com as modificações que o Neoconstitucionalismo trouxe para a aplicação do direito constitucional. Assim, a doutrina se diverge quanto à descrição das fundamentais características dessa nova teoria. Para Barroso e Cambi, existem três vertentes principais que são: reconhecimento da força normativa da constituição, expansão da jurisdição constitucional e desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação (BARROSO, 2005); (CAMBI, 2007).

Já para os doutrinadores Max Moller e Eduardo Ribeiro Moreira é possível identificar algumas características do Neoconstitucionalismo através da comparação de algumas alterações já implementadas em alguns sistemas jurídicos. Essa forma de pensar baseia-se pela classificação do jurista italiano Ricardo Guastini, que reconhece os seguintes elementos: constituição rígida; garantia jurisdicional da constituição; força vinculante da constituição; a sobreinterpretação da constituição; a aplicação direta das normas constitucionais; a interpretação conforme as leis e a influência da constituição sobre as relações políticas (MOLLER, 2011, p.30); (MOREIRA, 2008, p. 38).

Cabe ressaltar, que o objetivo do presente capítulo é discutir apenas as características que trouxeram consideráveis mudanças na aplicação do direito constitucional e as que estejam relacionadas com o direito processual e com o ativismo judicial.

2.3.1 Supremacia da constituição

Com o advento do neoconstitucionalismo, a Constituição passou ter a força normativa fundamental, alcançando o ápice da pirâmide hierárquica e

vinculando todo o ordenamento jurídico, bem como órgãos públicos e privados. Denota-se que essa característica está intimamente relacionada com o caráter imperativo das normas constitucionais, de maneira que as demais disposições jurídicas se submeteram a tal Lei Fundamental.

A Constituição não apenas passou a limitar a validade de outras leis, como também, regulamentou o processo formal e o processo material de criação, prevendo valores, princípios e limitações para o conteúdo das legislações infraconstitucionais.

O reconhecimento da supremacia da constituição rompeu com os ideais defendidos pelo Direito Constitucional Clássico, onde existiam apenas cartas de intenções políticas dotadas de normas programáticas, que eram simples declarações de programa futuros, sem nenhuma eficácia vinculativa (CAMBI, 2007).

As constituições eram meros instrumentos normativos de organização do poder, sendo que a concretização dos conteúdos programáticos ficava a cargo da discricionariedade do Poder Legislativo, por esse motivo o sistema institucional era denominado Estado Legislativo de Direito.

Com a força vinculativa da Constituição esse cenário jurídico se modificou, de modo que o Poder Legislativo teve que se submeter às regras da constituição, bem como aos princípios fundamentais, tendo que respeitar não só as formas de produção, mas, sobretudo o conteúdo das normas, de modo que a sistema de governo passou a ser chamado de Estado Democrático de Direito.

A força normativa da constituição é um elemento determinante do Neoconstitucionalismo e essa importância desencadeou a maioria das conseqüências que caracterizam esse movimento. A partir da consideração do caráter normativo abre-se a possibilidade de aplicação da constituição, não apenas pela subsunção das regras, mas também por meio da ponderação de princípios (MOLLER, 2011, p 36).

Um importante mecanismo capaz de assegurar a supremacia da Constituição é o controle de constitucionalidade, que tem a função de declarar nulas as normas infraconstitucionais que sejam contrárias às regras e aos princípios previstos na constituição (CAMBI, 2009, p.209).

No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe o fim do militarismo e a ascensão da democracia. Nesse contexto, a supremacia da constituição foi importante característica de limitação do poder do estado, bem como a instituição de direitos e garantias fundamentais.

2.3.2 Rigidez constitucional.

É uma característica que pressupõe uma garantia à supremacia da constituição, de maneira que ela deve conter mecanismo para evitar que o legislador ordinário realize modificações substanciais.

Desse modo, a constituição é rígida, pois estabelece quorum qualificado ou rito próprio para alteração de normas constitucionais. E ainda, propõe textos imutáveis, como é o caso dos princípios fundamentais que são denominadas clausulas pétreas (MOLLER, 2011, p. 31).

Destarte, a constituição traz textos escritos e dotados de clausulas imutáveis, bem como quoruns qualificados para modificação, o que ainda, não impede que sejam realizadas emendas à constituição, como é o caso do Brasil que já possui cerca de 57 emendas constitucionais. Mesmo assim, não deixam de ser mecanismos efetivos da superioridade hierárquica.

2.3.3 Garantia jurisdicional da constituição.

A garantia jurisdicional da constituição também é um elemento do constitucionalismo que visa manter o caráter vinculativo da lei maior. Dessa forma, o

controle de constitucionalidade é um importante meio de vinculação dos demais poderes aos preceitos constitucionais.

Esse controle de constitucionalidade visa declarar se uma norma que adentrou ao ordenamento jurídico está de acordo com a constituição, de modo que se for contrária a lei fundamental será declarada nula. Há quem entenda que o órgão responsável para realizar esse tipo de atividade não pode pertencer a nenhum dos três poderes do estado, deve ser criado um tribunal próprio, um tribunal constitucional.

É possível encontrar diversas formas de controle de constitucionalidade das leis. No Brasil, a Constituição de 1988 alargou os mecanismos de controle de constitucionalidade, principalmente em relação ao controle concentrado, aumentando o rol dos legitimados e criando outros instrumentos (CAMBI, 2007).

O Poder Judiciário brasileiro é quem desempenha esse controle, podendo realizar tanto o controle difuso, como o controle concentrado de constitucionalidade. O primeiro poder ser exercido por qualquer grau de jurisdição ou instância, e ocorre corriqueiramente para os casos concretos levados ao Judiciário, de modo que esse controle só irá atingir as partes interessadas do processo. Já o segundo, é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (STF), a mais alta instância do poder judiciário, o único tribunal responsável por declarar as inconstitucionalidades de leis, sendo que essas decisões possuem efeito "*erga omnes*"

De modo geral, a jurisdição constitucional trouxe um reequilíbrio entre os poderes clássicos do Estado, sendo que o poder judiciário não aceita mais ser um mero aplicador das regras criadas pelo poder legislativo, se afirmando como um poder igual e independente, que assumiu a função de controlar os atos legislativos (MOLLER, 2011, p. 32).

Assim, o controle de constitucionalidade tem a finalidade de assegurar a superioridade da constituição, frente às violações de regras e princípios fundamentais.

2.3.4 Sobreinterpretação da constituição.

A sobreinterpretação está relacionada com as lacunas que podem ser encontradas no ordenamento jurídico. Esses espaços vazios são comuns, tendo em vista que tratam-se de normas que são estabelecidas antes mesmo da existência do fato concreto.

Deste modo, essa característica tem a função de cobrir todos esses espaços vazios encontrados no ordenamento jurídico, de modo a evitar a discricionariedade do intérprete no momento de aplicar o direito ao caso concreto.

Como o Neoconstitucionalismo trouxe a instituição de princípios fundamentais pautados por valores constitucionais, o magistrado que encontrar uma lacuna na lei deverá a todo modo solucionar a lide por meio desses valores constitucionais.

2.3.5 Aplicação direta das normas constitucionais

A aplicação direta das normas constitucionais está relacionada com a força vinculante da constituição, como define Max Moller (2011, p.37) *“a aplicação direta seria consequência da aceitação da força vinculante.”*

As normas constitucionais se dividem em regras e princípios, e a aplicação direta destes elementos esta vinculado com a atividade judicial, de modo que é a interpretação do juiz, que irá conferir os plenos efeitos das normas aos casos concretos.

Logo, os juízes devem aplicar diretamente as normas constitucionais, extraindo delas todos os efeitos jurídicos possíveis, dessa forma os direitos constitucionais adquirem uma nova dimensão (MOLLER, 2011, p. 38).

2.3.6 A expansão da jurisdição constitucional

A expansão da jurisdição constitucional está relacionada com a atuação do poder judiciário, em detrimento a supremacia do poder legislativo. Com constitucionalização dos princípios fundamentais e com o reconhecimento da superioridade da constituição, o órgão judiciário passou a ser o responsável pela proteção da constituição.

Deste modo, o poder judiciário adquiriu plena participação da efetivação dos direitos fundamentais, na proteção dos direitos coletivos e individuais e no controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, a grande modificação trazida pela expansão da jurisdição constitucional, foi à aplicação do ativismo jurídico em detrimento da auto-contenção². O que significa dizer, que o judiciário deixou de tomar uma postura meramente observadora e sem interferências, para assumir uma participação mais ativa e intensa na concretização de direitos fundamentais (CAMBI, 2007, p. 12/13).

Acerca do ativismo jurídico Luiz Roberto Barroso (2009) conceitua:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

² Define Luz Roberto Barroso (2009, p 7): “ O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. [...]”

Assim, entende-se que a intervenção do Poder Judiciário nas ações de outros poderes, tem a finalidade de suprir a ausência do Estado que é inerte na concretização dos direitos e garantias fundamentais, de modo que o Judiciário não apenas exerce sua função interpretativa das leis, como também cria direitos diante do caso concreto.

De acordo com Cambi (2009, p.211): “O Direito Constitucional judicializou a política, uma vez que a política, representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonegados, passaram a ser temas de direito público.”

Contudo, surgiram diversas discussões sobre a ausência de legitimidade democrática do poder judiciário, tendo em vista que os juízes não eram eleitos e não possuíam representatividade popular para desempenharem funções atípicas.

Apesar das críticas apresentadas, os adeptos do movimento Neoconstitucionalista reconheceram que a democracia dos tempos atuais possui um sentido substancial de modo que, a efetivação dos direitos fundamentais é exercício próprio da democracia.

Portanto, ainda, que os membros do poder judiciário não são eleitos, é dever desse órgão concretizar os direitos fundamentais, ainda que ultrapassem suas funções típicas. Todavia, para evitar práticas reiteradas do ativismo judicial, a doutrina estabeleceu dois marcos limitativos para a atuação do julgador: a reserva do possível e a reserva de consistência (CAMBI, 2007).

A reserva do possível está relacionada com a disponibilidade de recursos do Estado para a concretização da tutela jurisdicional, devendo, ainda, o juiz observar o mínimo existencial. Já a reserva da consistência é a argumentação do magistrado durante a interpretação judicial.

Esclarece Cambi (2007):

A expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades sempre infinitas a serem supridas com a implementação dos direitos. A concretização dos direitos tem custos, a serem suportados pelo Estado. Logo, a postura do *ativismo judicial* deve ser reservada à concretização das

condições materiais mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (*mínimo existencial*).

[...] Já a *reserva da consistência* entende-se que o Judiciário, ao proceder a interpretação judicial, deve apresentar argumentos substanciais de que o ato ou a omissão do agente público é incompatível com a constituição.

Por fim, vale ressaltar, que a democracia proposta pelo neoconstitucionalismo não pode ser confundida com decisões que provenham da maioria em detrimento de uma minoria. Pelo contrário, as soluções dos órgãos judiciais devem se pautar pela proteção das minorias (MOLLER, 2011, p. 41).

Contudo, a expansão da jurisdição constitucional é um importante elemento trazido pelo neoconstitucionalismo e que determinou a prática do ativismo judicial, tema que estudaremos mais a fundo nos próximos capítulos.

2.3.7 Nova dogmática de interpretação

A nova hermenêutica constitucional não aboliu com os elementos clássicos de interpretação, mas adotou outros critérios mais eficazes, como a instituição de princípios e cláusulas gerais.

A norma é o resultado construído a partir da interpretação do texto legal, e se subdivide em regras e princípios. Com o advento do pós-positivismo, os princípios passaram a ter relevância na conjuntura do direito moderno, adquirindo força normativa perante a sociedade e ao Estado.

Denota-se que os princípios são normas finalistas que apontam para um estado ideal a ser perseguido, sem descrever nenhuma conduta. Estes institutos refletem os valores da sociedade, sendo que muitas vezes esses valores são contraditórios entre si. No entanto, os princípios convivem conflituosamente, de modo que não se sobrepõem uns aos outros de maneira permanente, mas de acordo com o caso concreto (ÁVILA, 2011, p.79).

Já as regras, são normas descritivas, que indicam a conduta a ser realizada. Diferente dos princípios as normas não convivem conflituosamente, de forma que somente deixará de incidir sobre as hipóteses de invalidade da regra, se houver outra mais específica, ou ainda, quando a regra não estiver em vigor. A aplicação das regras se dá predominantemente, mediante subsunção (BARROSO, 2002, p. 2).

Com a doutrina Neoconstitucionalista os interpretes da lei passaram a desenvolver um processo complexo de interpretação, deixando de exercer uma função automática e mecânica na aplicação das leis.

Assim, a nova dogmática de interpretação constitucional está relacionada com aplicação dos princípios, que ocorre mediante postulados normativos. Os postulados normativos são normas que orientam e estruturam a aplicação, principalmente, dos princípios, e, subsidiariamente, das regras. É uma ponderação de valores e interesses, analisados de acordo com o fato concreto, de modo a produzir soluções aos conflitos.

Humberto Ávila, define postulados normativos (ÁVILA, 2011, p. 145/146):

A compreensão concreta do Direito pressupõe também a implementação de condições. Essas condições são definidas como postulados normativas aplicativos, na medida em que se aplicam para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, especialmente para solucionar antinomias contingentes, concretas e externas: contingentes, em vez de necessárias, porque surgem ocasionalmente diante de cada caso; concretas, em vez de abstratas, porque surgem diante de um problema concreta; e externa, em vez de internas, porque não surgem em razão de conflitos internos ao ordenamento jurídico, mas decorrem de circunstâncias externas a ele. Entre os principais postulados aplicativos estão a proporcionalidade, a razoabilidade e a proibição de excesso [...]

Ainda, vale ressaltar, que o ordenamento jurídico também adotou normas de cláusulas abertas, que desempenham funções semelhantes aos princípios, permitindo ao juiz maior subjetividade na aplicação do direito.

Os princípios e cláusulas abertas estabelecidos no ordenamento jurídico possibilitam uma maior da atividade interpretativa do legislador, no entanto, o ordenamento tem preferência na aplicação das leis com a finalidade de limitar a

ampla probabilidade de interpretação, buscando preservar as bases democráticas das leis (MOLLER, 2011, p. 39).

Novamente, cabe ressaltar os ensinamentos do doutrinador Humberto Ávila (2011, p.69):

Os princípios possuem, pois, pretensão de complementaridade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade. As regras possuem, em vez disso, pretensão terminativa, na medida que, sobre pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada a decisão, têm a pretensão de gerar uma solução específica para a questão.

Em suma, as principais transformações trazidas pelo neoconstitucionalismo foram à instituição de princípios e cláusulas abertas, que possibilitaram uma maior atividade interpretativa do julgador. Contudo, ainda, é possível identificar a importância do ato legislativo dentro da nova hermenêutica constitucional.

3 NEOPROCESSUALISMO

O processo é um ato jurídico complexo, formado por uma relação jurídica processual e por uma gama de procedimentos que visam coordenar o desenvolvimento do prestação jurisdicional para que esta atinja o seu fim precípua, a resolução da lide.

O Neoprocessualismo é a atual fase metodológica da ciência do direito processual, o qual foi intensamente influenciado pelo Neoconstitucionalismo. Essa nova teoria incorporou ao direito processual diversos preceitos e valores constitucionais, como a promoção de princípios processuais, a superação do formalismo, bem como uma modificação na atividade jurisdicional.

3.1 Fases Metodológicas do Processo

O direito processual é uma ciência jurídica que adquiriu sua autonomia com a evolução da sociedade a partir dos desenvolvimentos históricos e ideológicos. Para o doutrinador Daniel Mitidiero (2011, p.31), o grande fator que influenciou a evolução do processo como ciência, foi à cultura.

Segue-se daí que o direito, com as suas características de humanidade e de sociabilidade, pode ser impostado como um autêntico produto cultural, entendida a cultura como 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.

Com o desenvolvimento da ciência jurídica ao longo dos séculos, o processo alcançou a proeminência no mundo jurídico, tornando-se um ramo próprio do direito, que prevê normas e princípios destinados à regular às soluções dos litígios e buscar a pacificação social. Da mesma forma, o direito processual, propendeu a assegurar a efetividade na prestação jurisdicional, de maneira a garantir a justiça nos resultados processuais.

O objeto da ciência do processo é o conjunto de normas processuais, que consistem em institutos como a jurisdição, a ação, a defesa e o processo. A jurisdição caracteriza-se pelo poder do juiz na pacificação social. A ação é um direito de todo cidadão de provocar o exercício da jurisdição para a solução do conflito de interesses. A defesa é o exercício de contrapor narração da ação. E por fim, o processo é modo de exercício da jurisdição (DINAMARCO, 2004, p. 50).

Assim, o direito processual rege-se pelas normas que disciplinam esses institutos, a fim de estruturar a relação jurídica processual, que irá formar-se sempre que houver a invocação do Poder Judiciário.

Modernamente, a ciência do direito sofreu a constitucionalização das normas processuais, o que significa dizer, que o processo foi ativamente influenciado pelos princípios e garantias previstos na constituição. A essa fase deu-se o nome de Neoprocessualismo, que para muitos juristas foi visto como um fenômeno de duas dimensões. A primeira relacionada com a incorporação dos textos constitucionais nas normas processuais, criando o que pode-se chamar de um direito processual constitucional. E a segunda, pautada nas normas processuais como instrumentos concretizadores dos direitos e garantias previstos na constituição, valendo-se para tanto do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas (DIDIER, 2011, p. 33).

O direito processual vem se desenvolvendo desde os primórdios, sendo que antes era visto apenas como um direito adjetivo e apenso ao direito material. Hoje, o processo é uma ciência autônoma e se presta a buscar efetivação do direito material, a partir das normas constitucionais, ou seja, serve de instrumento para realização direito material.

Esse desenvolvimento foi explanado pela Teoria Geral do Processo, e cabe nesta ocasião apresentarmos essa linha de evolução através das fases metodológicas da ciência do direito processual.

3.1.1 Sincretismo

O período sincretista, também conhecido como a fase do praxismo, corresponde à pré-história do direito processual. Nessa época o direito processual e o direito material se enleavam, sendo que o processo era visto apenas como mero apêndice do direito material, ou então, para muitos doutrinadores, conhecido como um direito adjetivo.

O processo era visto apenas como uma realidade exterior, e por isso constantemente era confundido com o procedimento, pois definiam apenas como sucessor de atos, sem levar em consideração a relação jurídica que se formava entre os sujeitos do processo (MITIDIÉRO, 2011, p.33).

Sem a autonomia, o processo era conhecido apenas como meio de exercício do direito subjetivo material, com pouca participação dos juízes no processo, e baseado em conhecimentos empíricos, sem o desenvolvimento de conceitos e muito menos de métodos.

Essa fase perdurou até o século XIX, quando os alemães iniciaram os estudos do processo como ciência jurídica autônoma.

3.1.2 Autonomia do direito processual

A fase autonomista, que também ficou conhecida como o período processualista, ou ainda para outros doutrinadores a era conceitualista do processo, foi marcado pelo desenvolvimento da ciência autônoma do processo e dos principais institutos do direito processual civil.

Essa fase teve como principal precursor o processualista Oskar Von Bulow, que a partir da sua obra, “Teoria dos Pressupostos Processuais e exceções dilatórias”, o processo deixou ser mero procedimento, convertendo-se em uma relação jurídica processual abstrata, que rege-se pelos institutos próprios do direito processual (MITIDIÉRO, 2011, p. 36).

Deste modo, começou-se a entender que, ao lado das relações jurídicas de direito material, existe outra relação jurídica que envolve outras pessoas e possuem outros pressupostos, que são os chamados os pressupostos processuais. Assim, claramente se verificou que o processo não se confundia com o direito material.

As bases do direito processual civil foram lançadas nessa época, pois a partir dos estudos dessa ciência que começaram a surgir à conceituação dos principais institutos do processo, como litisconsórcio, a litispendência, a coisa julgada, enfim normas de caráter eminentemente técnico.

O direito processual se desenvolveu tanto, que acabou por se distanciar do direito material. Preocupavam-se apenas com os institutos processuais, sem considerar a efetivação do resultado material discutido no processo. Para muitos doutrinadores, o processo tomou-se por uma visão introspectiva, de forma que se afastou da realidade.

Assim, o direito processual passou a perder contato com os valores sociais, de maneira que quanto mais preciso ficavam seus conceitos, mais o processo se distanciava das suas finalidades essenciais (MITIDIÉRO, 2011, p.37).

Com isso, a fase autonomista entrou em crise no final do século XX, entrando em cena uma nova fase metodológica, que buscou superar as barreiras entre o direito processual e o direito material.

3.1.3 Instrumentalismo

A fase da instrumentalidade do processo, ainda sustenta a idéia de uma separação funcional entre direito material e o direito processual, articulada durante o período da autonomia processual. A diferença advém da existência de uma relação cíclica de interdependência, de modo que o direito material só se concretiza por meio do direito processual.

Calmon de Passos está certíssimo. O Direito só é após ser produzido. E o Direito se produz processualmente. Quando se fala em instrumentalidade do processo não quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder. Trata-se, em verdade, de dar-lhe a sua exata função, que é a de co-protagonista. Forçar o operador jurídico a perceber que as regras processuais não de ser interpretadas e aplicadas de acordo com a função, que é a de emprestar efetividade às normas materiais. (DIDIER, 2011, p. 26)

Observa-se, que o processo deixa de ser meramente técnico, para se tornar um instrumento em busca de paz social e justiça. E isso só se torna possível, a partir do momento em que a jurisdição adota uma nova postura em relação ao legalismo.

Antes, o juiz tinha a missão de efetivar as regras de forma substancial, competindo-lhe apenas declarar o direito prescrito em lei, não levando em consideração o resultado efetivo do processo, ou seja, inúmeras vezes as sentenças eram injustas, mas obedeciam ao que a lei preconizava. Hoje, o juiz moderno tem compromisso com a justiça, buscando por meio da hermenêutica, construir o direito

ao caso concreto, oferecendo as partes uma solução adequada do conflito, e consequentemente provocando um sentimento de justiça (DINAMARCO, 2004, p.61).

Com isso, compreende-se, que o escopo do direito processual é a efetividade na demanda, como instrumento de pacificação e de acesso a justiça. Ou ainda, como muitos doutrinadores pautam, o processo passa a ser visto de um ângulo externo, analisando se os resultados serão práticos e eficazes.

Assim, o direito material é visto como um *valor* e o direito processual como o *instrumento*, que deverá servir esse direito, levando em consideração os escopos sociais, políticos e jurídicos. Em relação ao marco social, o processo se presta persecução da paz social; no âmbito político, o processo fornece afirmação da autoridade do Estado, bem como dá liberdade ao cidadão; e na esfera jurídica, o processo visa concretizar o direito discutido (MITIDIERO, 2011, p.38).

3.1.4 Formalismo – valorativo

O formalismo-valorativo é o quarto e último método de evolução do direito processual, sendo que essa fase ainda está em desenvolvimento, pois trata-se de um estudo recente do direito processual constitucional.

O doutrinador Fredie Didier Junior traz uma denominação a partir dos estudos notórios de Carlos Alberto de Oliveira (DIDIER, 2011, p. 32):

Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, costuma-se denominar a fase do desenvolvimento do direito processual de *formalismo-valorativo*, exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta dos direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual. As premissas deste pensamento são exatamente as mesmas do *Neoprocessualismo*, que, aliás, já foi considerado um formalismo ético, na feliz expressão de Rodrigues Uribe. Embora seja correto afirmar que se trate de uma construção teórica que nasce do

contexto histórico do *Neoconstitucionalismo*, o *formalismo-valorativo*, pauta-se, também, no esforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação (examinado no capítulo sobre os princípios do processo), que é decorrência dos princípios do devido processo legal e da boa-fé objetiva. Agrega-se, aqui, o aspecto da moralidade, tão caro a boa parte dos pensadores “neoconstitucionalistas.

Logo, formalismo-valorativo trouxe a aplicação do processo por meio das normas tipo-princípios e tipo-postulados. Com isso, o direito processual passou a ser dominado pelos valores de justiça, participação leal, segurança e efetividade, que tornaram-se as bases axiológicas dos princípios, regras e postulado (MITIDIÉRO, 2011, p. 46/51).

3.2 Conceito

O Neoprocessualismo corresponde à atual fase metodológica do direito processual, sendo, também denominado, por alguns processualistas, como o formalismo-normativo, conforme já discutido anteriormente.

Essa nova teoria está relacionada com o Neoconstitucionalismo, na medida em que o processo deve compreender e utilizar as técnicas processuais, a partir das bases constitucionais reafirmadas pelo novo método de direito constitucional, inaugurando-se, assim, uma nova disciplina, denominada Direito Processual Constitucional (CAMBI, 2010, p. 19/35).

A constitucionalização do processo é vista sob duas dimensões. A primeira refere-se à incorporação de textos constitucionais nas normas processuais, sendo que a aplicabilidade do direito processual está condicionado aos princípios fundamentais elencados na constituição. A segunda dimensão vislumbra as normas infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais (DIDIER, 2011, p. 33) .

De acordo com o doutrinador Cambi (2010, p.115): “O neoprocessualismo procura construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional”

Para tanto, se fez necessário a modificação e a criação de alguns institutos processuais, de forma que o novo método processual, além de indagar por tutela efetiva, também busque pela celeridade e pela adequação.

A primeira premissa está relacionada com a atividade jurisdicional, que aportou os princípios como forma de aplicabilidade do direito, e mais, assumiu uma nova proposta de classificação de normas e princípios, por meio da ponderação, da razoabilidade e da proporcionalidade, considerados postulados normativos (MITIDIERO, 2011, p.46).

Assim, o processo busca dar efetividade as demandas por meio desses princípios constitucionais, bem como dos postulados normativos, sendo que para isso, o magistrado deve adotar uma postura totalmente ativista na aplicação das normas.

Também é indispensável, para a evolução do processo, a superação do formalismo excessivo, que de certa forma cria obstáculos à aplicação das normas que estão em conformidade com valores constitucionais. É preciso estabelecer um ponto de equilíbrio entre a segurança jurídica, proporcionada pelo formalismo, e os meios de efetivação da tutela jurisdicional (CAMBI, 2010, p. 115).

Ainda, na era Neoprocessualista, surge o que denominamos de Processo Cooperativo, que está intimamente ligado a atuação dos sujeitos da relação processual, de modo que as partes, bem como o juiz, devem colaborar com o desenvolvimento do processo, através do dialogo processual e da boa-fé objetiva, possibilitando a solução da lide com celeridade e adequação.

Em suma, o processo é abarcado por diversos valores constitucionais, que visam alimentar o sentimento de justiça na solução dos conflitos de interesses, de forma que o sistema jurídico concordando com a superação do legalismo e do formalismo excessivo acabou por revisar alguns institutos processuais, com a finalidade de proporcionar uma tutela efetiva, adequada e célere.

4 INSTITUTOS PROCESSUAIS NA FASE NEOPROCESSUALISTA

O fenômeno da constitucionalização dos direitos materiais e processuais, a crescente adoção de mecanismos de cláusulas gerais e precedentes judiciais e o aumento dos poderes jurisdicionais dos magistrados explicam o surgimento do Neoprocessualismo (CAMBI, 2007).

Existem várias modificações trazidas pelo Neoprocessualismo, mas compete a presente dissertação apresentar os principais institutos processuais que sofreram alterações e que são tendências do mundo jurídico atual.

4.1 Princípios Constitucionais Processuais

Princípios são normas finalistas que apontam para um estado ideal de direito a ser perseguido, sem descrever nenhuma conduta. Miguel Reale conceitua princípios como:

[...]verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção de realidade. Diferentemente da regra que é uma norma descritiva que irá indicar a conduta a ser observada.” (OLIVEIRA, LOPES, 2008, .08)

Em se tratando de direito processual, os princípios que o compõem estão em sua maioria tipificados na Constituição como direitos fundamentais. Esses princípios podem ser considerados como consequência da teoria Neoprocessualista, e são indispensáveis à atividade judicial.

4.1.1 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal é o mais importante dos princípios processuais constitucionais, pois integra a maioria dos princípios processuais, como os princípios do contraditório, da ampla defesa, da adequação, da boa-fé processual, da efetividade entre outros.

O devido processo legal surgiu como uma cláusula de proteção contra os poderes dos governantes, hoje esse princípio tem uma função muito mais ampla, que está relacionado com a condução do processo de forma eficaz, adequada e justa.

Percebe-se a importância desse princípio por estar previsto na Constituição Federal, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção de São José da Costa Rica. É garantia fundamental e, somado a outros princípios, preserva a condução do processo.

Esse princípio é visto sob duas dimensões: a substancial e a processual. O devido processo legal substancial está relacionado com a interpretação e aplicação do direito levando em consideração a razoabilidade e a proporcionalidade. Já o devido processo legal processual ou formal, é composto pelas garantias processuais, como o direito ao contraditório, a uma participação democrática das partes, a um juiz natural, a duração razoável do processo, enfim direitos que proporcionam um processo adequado e justo (DIDIER, 2011, p.49).

Assim, verifica-se que o princípio do devido processo legal tem uma grande vocação, que é de defender os direitos fundamentais, não apenas no âmbito formal, mas também reconhecendo o caráter substantivo do processo (OLIVEIRA, LOPES, 2008, p. 43).

4.1.2 Princípio do contraditório

O princípio do contraditório é corolário do devido processo legal. Esse princípio constitui necessidade essencial ao procedimento jurisdicional, isto é, sem o contraditório não há no que falar em procedimento, muito menos em processo.

Há quem diga que o princípio do contraditório é a própria exteriorização do princípio da ampla defesa. Isso porque, todo ato produzido por uma das partes, caberá à parte contrária o direito de defesa, podendo opor ao que foi dito, dar a versão que entende ser melhor ou apresentar interpretação jurídica diversa.

No Brasil, referido princípio está previsto, juntamente com o princípio da ampla defesa, no artigo 5º, LV da Constituição Federal, e sua aplicação é imprescindível em qualquer processo judicial ou administrativo.

Anote-se tamanha importância de referido princípio. Caso não seja respeitado, todo um processo pode ser considerado nulo.

4.1.3 Princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa está intimamente ligado com o princípio do contraditório, sendo que ambos os princípios estão previstos no mesmo dispositivo constitucional. A ampla defesa é um direito fundamental que consiste no conjunto de meios adequados para o exercício do contraditório (DIDIER, 2011, p.60).

4.1.4 Princípio da duração razoável do processo

Tal princípio foi inserido a pouco tempo em nosso ordenamento jurídico. O motivo do legislador é minimizar os efeitos negativos causados pela morosidade dos processos judiciais brasileiros.

Em muitas situações, a pessoa que aciona o judiciário na busca da tutela de seu direito não chega a ter ciência do deslinde da causa, pois faleceu no decorrer do processo.

O processo deve ter duração razoável, sempre observando os limites dos demais princípios, para que o direito tutelado seja efetivamente cumprido.

4.1.5 Princípio da boa-fé processual

O princípio da boa-fé processual é visto como norma de conduta que impõe as partes conduzir o processo com lealdade. Esse princípio se extrai do artigo 14 do Código de Processo Civil “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que participam que de qualquer forma participam do processo: (...) II – proceder com lealdade e boa-fé” (DIDER, 2011, p.66).

Ressalta-se, que a boa-fé processual está relacionado com o princípio do devido processo legal, pois o processo deve ser justo e igualitário, e a boa-fé processual é que impõe a ética e a lealdade ao processo.

Além disso, o princípio da boa-fé objetiva impõe deveres de cooperação entre os sujeitos do processo, de forma que esse princípio desenvolveu um padrão de comportamento, baseado em valores de probidade e lealdade, criando deveres acessórios para as partes na condução do processo. Um exemplo é o dever de informação.

4.1.6 Princípio da efetividade

O processo, em suma, é o instrumento utilizado para a busca do direito material. No entanto, por diversas vezes, ocorre do direito ser reconhecido, mas sem haver alteração fática no mundo real.

Dessa forma, não basta o reconhecimento do direito. É necessário que esse direito seja efetivado. Com esse intuito, o princípio da efetividade, que também advém do devido processo legal, busca dar real eficácia ao direito reconhecido.

Para que haja a efetivação de um direito, é necessário que aquela decisão que reconheceu o direito não fique apenas “dentro” do processo e necessário que os seus efeitos tenham eficácia no mundo real.

4.1.7 Princípio da adequação do processo

O princípio da adequação do processo implica na análise do caso levando-se em consideração outros fatores e não apenas os procedimentos previstos em lei.

Alguns doutrinadores, entre eles Galeno Lacerda, classifica a adequação do processo em três níveis: objetiva; subjetiva; e teleológica. A objetiva leva em consideração o direito material tutelado. O processo, por exemplo, não pode ter o mesmo procedimento em uma execução de alimentos e em uma execução contra a fazenda pública. A subjetiva se baseia nas características das pessoas que estão envolvidas no processo. Nesse caso, tem-se a diferenciação de processo de idoso e de não idoso. Por fim, a teleológica busca saber o que levou a origem daquela norma. Um exemplo aqui é o caso dos Juizados Especiais que foram criados justamente para dar celeridade a resolução de certos conflitos, sendo assim, a adequação deve ser feita sempre nesse intuito (DIDIER, 2011, p. 76).

Essas adequações são importantíssimas para o deslinde do processo. Como a sociedade sempre está em constante mudança, as normas devem ser aplicadas de acordo com a atual situação, observando-se todos esses níveis demonstrados.

4.2 Processo Civil Cooperativo

O processo civil cooperativo é pautado pelo princípio da cooperação, que está intimamente relacionado com os princípios da boa-fé processual, princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa.

Nesse modelo, os sujeitos da relação jurídica processual passam a conduzir o processo de forma participativa, em razão da existência de uma finalidade comum entre autor, réu e juiz. Enquanto o autor e o réu anseiam pelo julgamento da lide, logicamente com méritos diferentes, o juiz também almeja o fim do processo para obter a pacificação social.

Desse modo, surgem deveres de condutas para todos os sujeitos da relação processual. Quanto ao órgão jurisdicional, este assume uma “dupla posição”, pois se mostra paritário na condução do processo e no diálogo processual, e assimétrico no momento do julgamento da causa. Ou seja, o juiz se estabelece isonomicamente durante o exercício do contraditório, no entanto assume uma posição de superioridade no momento da decisão, tendo em vista que trata-se de uma função exclusiva do magistrado (DIDIER, 2011, p.84).

No processo cooperativo o princípio do contraditório ganha destaque, a partir do momento em que o diálogo entre as partes se torna essencial para condução do processo.

O contraditório é uma ciência bilateral que possibilita as partes exercerem o diálogo durante o processo, contrariando atos e termos. É esse princípio que dá a legitimidade ao resultado processual, salientando que o juiz

também está vinculado ao princípio do contraditório, mesmo nos casos em que atua de ofício.

O processo isonômico põe fim a distinção entre o indivíduo e o órgão jurisdicional, de forma que a busca pela verdade real torna-se tarefa de todos os envolvidos no processo. Nessa base, a dialética assume função central na resolução dos conflitos, e o contraditório é o responsável por tornar possível esse diálogo judicial (MITIDIERO, 2011, p. 113).

Para que as partes exerçam a relação cooperativa, o elemento imprescindível é o contraditório. No entanto, não podemos nos esquecer do princípio da boa-fé processual, que também se caracteriza como meio de obter um processo cooperativo.

Então, o princípio da boa-fé processual pauta-se pelos comportamentos que necessariamente devem ser realizados pelas partes, para a obtenção de um processo leal e cooperativo. Sendo que esses deveres se dividem em dever de esclarecimento, dever de lealdade e dever de proteção. Quanto aos deveres de esclarecimentos é obrigação das partes redigirem a demanda com clareza e coerência, evitando eventuais inépcias. Já o dever de lealdade condiz com a conduta dos demandantes em litigarem observando a boa-fé objetiva. E por último o dever de proteção, que preconiza que a parte não pode causar danos à outra parte adversária (DIDIER, 2011, p 85).

Nada obstante, o processo cooperativo também fundamenta-se como instrumento da “democratização do processo”, na medida em que o debate judicial amplia o quadro de análise das pretensões e das razões, favorecendo a formação de uma decisão aberta e ponderada, salientando a importância da fundamentação das sentenças (MITIDIERO, 2011, p.154).

A motivação nas decisões jurídicas se prestam a garantir as partes que o contraditório foi respeitado, tendo em vista que o juiz deve trazer à sentença as razões apresentadas por ambas as partes. Assim, é na fundamentação que se observa se o processo foi conduzido de forma justa e adequada.

As regras de cooperação do direito processual se destinam a conduzir o processo de maneira eficaz, célere e justa, por meio dos deveres de colaboração

entre sujeitos processuais. O contraditório revela-se como o principal instituto na busca de uma solução efetiva e justa para o processo. E o princípio da boa-fé processual objetiva-se em determinar a criação de deveres acessórios às obrigações jurídicas

4.3 Nova fase do ativismo jurisdicional

O ativismo jurisdicional é uma nova forma de interpretação e criação do direito a partir das regras e valores constitucionais. As recentes reformas no direito processual e constitucional trouxeram mecanismos que privilegiam o uso da jurisprudência como técnica de agilização da aplicação do direito (CAMBI, 2009, p.144)

Em relação a essa nova fase do ativismo jurisdicional, surgiram no ordenamento jurídico institutos de precedentes jurisdicionais, cláusulas gerais processuais, além da intensa função criativa do magistrado.

A estrutura dos precedentes jurisdicionais, em que se reconhece a eficácia normativa das orientações jurisprudenciais, foi consagrada principalmente pelas “súmulas vinculantes do STF”, que inclusive é prevista no art. 103-A da Constituição Brasileira (DIDIER, 2011, p. 36).

Tais tendências intensificaram a utilização das jurisprudências, de forma a estabilizar a aplicação do direito. Assim, os órgãos jurisdicionais passaram a solidificar algumas decisões, visando a promoção de uma maior segurança jurídica e de um tratamento isonômico para casos semelhantes.

Nada obstante, é preciso salientar a crítica do doutrinador Eduardo Cambi (2009, p. 155), sobre utilização dos precedentes jurisdicionais:

A mera repetição do precedente, sem profunda análise do julgamento anterior, reproduz o método dedutivo, inerente ao formalismo processual e

ao modelo silogístico, subtraindo ao operador jurídico a capacidade de pensar criticamente o direito.

Assim, prevalece o entendimento de que o magistrado deve-se utilizar dos precedentes jurisdicionais, visando a segurança jurídica. No entanto, pautando-se pela análise substancial das razões expostas pelas partes e exercendo o raciocínio jurídico diante do caso concreto.

Além disso, a instituição das cláusulas gerais propiciou uma maior atividade jurisdicional, de modo que o juiz diante do conflito de interesses, pode exercer mais ativamente seu poder de interpretação.

O processualista Fredie Didier (2011, p.36) define: “Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado.”

As cláusulas gerais possibilitam que o poder judiciário construa a norma para o caso concreto, pois rompem com o modelo puramente legalista, para criar regras com maior flexibilidade.

Esses institutos também sofrem críticas, pois entendem-se que um ordenamento jurídico não pode ser formado apenas por cláusulas gerais, pois estaria ferindo a segurança jurídica. O ordenamento jurídico ideal é aquele que harmoniza regras específicas com cláusulas abertas, relativizando o poder de criação do magistrado.

Exemplo de cláusula geral processual é o princípio do devido processo legal, bem com a boa-fé, a função social da propriedade e função social do contrato. Alguns doutrinadores entendem que o método de aplicação das cláusulas gerais é o da concretização ao invés da subsunção, pois a atividade do magistrado não se esgota na subsunção, existem aspectos mais complexos que devem ser analisados para individualizar cada caso (DIDIER, 2011, p. 37).

Por fim, cabe ressaltar a função criativa do magistrado, que ocorre durante a aplicação do direito. A jurisdição é uma atividade do órgão jurisdicional, que se coloca como um terceiro imparcial na resolução do lide.

Assim, entende-se que a atividade jurisdicional caracteriza-se pela criação e interpretação da norma para solucionar os conflitos de interesses caso a

caso. O juiz, no entanto, deve exercer esse poder levando em consideração os valores constitucionais.

Exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, sendo seu papel compreender as especialidades de cada caso e encontrar a solução que esteja em conformidade com os valores e princípios constitucionais, ou seja, deve dar norma geral e abstrata uma interpretação conforme a Constituição (DIDIER, 2011, p.93/94).

5 PRINCÍPIO DO ACESSO A JUSTIÇA

O Acesso à Justiça é um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico, e que se identifica com o direito processual civil, na medida em que esse princípio sofre transformações de acordo com a evolução do processo.

O conceito de acesso à justiça não significa apenas o direito de ingressar em juízo ou requerer a apreciação do direito perante o poder judiciário. Essa definição vai além, é o direito de buscar uma tutela efetiva, justa e adequada, por meio de garantias e direitos relacionados com o devido processo legal.

Na antiguidade, o acesso à proteção judicial, significava essencialmente o direito formal de propor ou se defender de uma ação judicial. O estado era permanentemente passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente. Assim, justiça só era obtida por aqueles que tinham condições de enfrentar os custos do processo (CAPPELLETTI; GARTH 1988, p. 13).

Com a evolução e o crescimento da sociedade houve um desenvolvimento na definição de direitos humanos, e as constituições passaram a adotar direito e garantias fundamentais como forma de promover os direitos coletivos e individuais.

Dessa forma o direito ao acesso a justiça também foi definido com um direito fundamental a todo cidadão. A Constituição Brasileira em artigo 5º, inciso XXXV, também assegura o direito ao acesso à justiça como um valor constitucionalmente protegido.

Conforme Mauro Cappelletti (1988, p. 14):

O acesso a justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantia, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Vale ressaltar, que as mudanças nas técnicas processuais foram as responsáveis pelo desenvolvimento do princípio o acesso à justiça, tendo em vista que se criam normas que facilitaram o acesso, de todo e qualquer cidadão, à prestação jurisdicional. Alguns exemplos disso são a instituição das defensorias públicas, a criação de juizados especiais, normatização do Código de Defesa do Consumidor, enfim diversas reformas foram realizadas em prol do acesso a justiça.

Modernamente, durante a era pó-positivista, o direito ao acesso à justiça começou a ser estudado sob a perspectiva da efetividade, adequação e celeridade. Assegurar o direito ao acesso à justiça não é suficiente se o processo não garantir meios e resultados que se prestem a realizar o direito material de modo efetivo, adequado e célere.

Por tanto, evolução do direito processual durante a era neoprocessualista, possibilitou a expansão do Princípio do Acesso à Justiça, que hoje, não se refere apenas a possibilidade de ingressar em juízo, mas também pauta-se pela efetividade da tutela jurisdicional.

5.1 Pontos históricos – “Ondas” do Acesso à Justiça

Ao discutirmos sobre a evolução do acesso a justiça, cabe ressaltarmos Mauro Cappelletti, que foi um grande processualista e pensador italiano, que dividiu os momentos do acesso à justiça em “ondas”.

A primeira “onda” esta relacionada com a assistência judiciária aos mais carentes. Com o desenvolvimento da ciência do direito, tornou-se cada vez mais necessário o patrocínio de um advogado nas causas judiciais, o que implicou no surgimento da capacidade postulatória como um dos pressupostos processuais subjetivos (GOMES NETO, 2005, p.62).

Ainda, outro obstáculo econômico foi a instituição das custas judiciais. A maquina do judiciário necessita de recursos para exercer a sua atividade

jurisdicional, razão pela qual foram estabelecidos determinados encargos judiciais para litigar em juízo.

Assim sendo, o direito a prestação jurisdicional passou a ser uma garantia meramente formal, tendo em vista que as pessoas economicamente menos favorecidas viam-se obrigadas a renunciar a defesa de seus direitos, em razão do alto custo do processo, que compreendiam-se pelo pagamento de custas processuais, taxas e emolumentos judiciais, e ainda, os honorários advocatícios (GOMES NETO, 2005, p.64).

Nesse contexto, surgem algumas reformas em prol da assistência aos mais carentes. A maior realização está vinculada com criação do Sistema *Judicare*, que versava uso de advogados particulares, que eram custeados pelo orçamento público, para patrocinarem as causas judiciais dos economicamente desprovidos. A finalidade deste sistema era proporcionar uma representação igualitária aos pobres (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p.35).

No entanto esse sistema não foi totalmente eficaz, na medida em que os advogados auxiliavam apenas nas causas que versavam sobre interesses individuais, deixando a margem os interesses da coletividade.

A segunda “onda” surgiu para promover a tutela dos direitos coletivos e difusos. Esses direitos estão relacionados com os interesses transindividuais, que surgiram com toda a força no ordenamento jurídico, impondo modificações no processo civil e na atividade jurisdicional (GOMES NETO, 2005, p. 80).

O processo era visto apenas como um instrumento de tutela para as partes, ou seja, apenas para defender interesses individuais. Com as modificações trazidas pela Constituição, os direitos também passaram ter caráter público, buscando proteger os interesses de um grupo específico.

No ordenamento jurídico brasileiro a luta pelos interesses difusos são individuais e homogêneos, originados na lei de ação civil pública e no Código de Defesa do Consumidor. Também, foi estipulada no ordenamento jurídico a ação popular como remédio constitucional (SILVERIO, 2008).

Terceira “onda” refere-se a um acesso à justiça de maneira mais ampla, abordando além dos efeitos de primeira e segunda “onda”, outros mais abrangentes e eficazes.

Como já apreciado anteriormente, a assistência judiciária e a tutela dos interesses difusos foram marcos iniciais para uma era de mudanças no ordenamento jurídico em prol do acesso a justiça. (SILVERIO, 2008)

A terceira “onda” veio para revolucionar e ir muito mais além. As mudanças trazidas foram alteração nos procedimentos, a criação e modificação da estrutura dos tribunais, o uso de pessoas leigas, utilização de mecanismos privados e informais para a solução dos litígios, enfim diversos métodos que são muito utilizados na prática. Exemplos desses institutos é a criação dos Juizados Especiais e a adoção de técnicas antigas como arbitragem, conciliação e mediação (ALVIM, 2003).

São esses e outros requisitos que foram abordados pela terceira onda que buscou uma ampla reforma normativa com a finalidade tornar o acesso à justiça efetivo a todos.

5.2 Uma nova visão do Princípio do Acesso a Justiça a partir do Neoprocessualismo

Uma das principais características que o Neoprocessualismo trouxe para o direito processual foi a consagração do direito fundamental à uma tutela célere, adequada e efetiva. Esse direito é garantido na constituição como o Princípio do Acesso Justiça, que antigamente era visto apenas, como o direito de ingressar com ação processual perante o órgão jurisdicional.

Conforme, já mencionado, o princípio do acesso a justiça sofreu uma evolução, que foi denominada por Mauro Cappelletti como “ondas”. Essa evolução ocorreu gradativamente, desde a assistência judiciária aos mais necessitados,

passando pelo estabelecimento das tutelas de direitos difusos e coletivos, até chegar à última fase, que prestigiou o acesso a justiça de forma mais ampla, com a finalidade de pacificação social.

Com o desenvolvimento do Neoprocessualismo, os direitos e garantias de ordem processual tornaram-se valores constitucionais, possibilitando uma ampliação do fenômeno do acesso à justiça. Assim, os vários princípios processuais ganharam força normativa e passaram a ser os fundamentos do processo.

O processo é um instrumento indispensável para a realização da justiça, logo é um mecanismo de aplicação de valores constitucionais. Assim, o Neoprocessualismo veio para modificar a característica meramente formalista do processo, e transformá-lo num instrumento de efetividade e eficiência na prestação jurisdicional.

O moderno vínculo estabelecido entre processo e a constituição trouxe uma visão diferenciada ao Princípio do Acesso à Justiça. Esse novo movimento buscou desenvolver a máxima aplicação desse valor constitucional, através dos alicerces teóricos que foram esquematizados pelo doutrinador Cambi, como o direito fundamental à ordem jurídica justa; direito fundamental ao processo justo; e a visão publicística do processo.

O primeiro fundamento estabelece uma noção mais ampla do acesso a justiça, consagrando o como um direito à uma ordem justa. Para tanto, o processo adotou uma série de mecanismos, que visam garantir a efetivação da prestação jurisdicional. Tais como, a observância das garantias previstas na cláusula geral do devido processo legal; a participação dialética das partes, com a finalidade de formar o melhor convencimento do juiz; análise adequada das questões discutidas no processo, respeitando as normas do juiz natural e imparcial; e a construção de técnicas processuais mais eficazes a tutela dos direitos materiais (CAMBI, 2007).

O segundo alicerce trata-se do direito ao processo justo, que busca garantir os principais institutos do processo, como o direito de ação, direito de defesa, direito à um juiz natural e imparcial, direito ao contraditório de forma igualitária, entre outros. “Desse modo, pode-se afirmar que o *direito ao processo justo é sinônimo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada.*” (CAMBI, 2007).

O direito à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada implica na imposição de procedimentos que visam garantir um resultado processual, ou seja, que promovam a efetivação do direito material tutelado. Voltamos a fase instrumentalista do processo, onde o direito processual serve de instrumento para efetivação do direito substancial, no entanto, a condução do processo deve se basear pelos princípios e garantias constitucionais.

A instrumentalidade do processo está relacionada com as técnicas processuais, sendo um grande desafio do legislador e do magistrado construir mecanismos capazes de tutelarem os direitos materiais, não apenas sob a esfera jurídica, mas também sobre o aspecto econômicos e sociais (CAMBI, 2007).

Em relação ao mecanismo da adequação, esse se refere ao papel do aplicador direito, que deverá utilizar-se de mecanismos e técnicas ajustadas ao resultado do processo. A quarta fase metodológica da ciência processual trouxe para o processo uma nova era do ativismo judicial, de forma que o magistrado na busca da melhor aplicação do direito deve-se utilizar dos precedentes jurisdicionais, das cláusulas gerais e da criatividade judicial.

Ainda, sobre a perspectiva da adequação, vale ressaltar que nem todo conflito de interesses deve ser solucionado por meio do processo. No entanto, aqueles direitos materiais que reclamam a utilização de técnicas processuais devem ser resolvidos por meios adequados. Um exemplo disso é a adoção do rito procedimental ordinário que deve ser uma exceção, ou seja, só deve ser empregado quando não houver procedimento especial (CAMBI, 2007).

Sob o aspecto da celeridade, cabe lembrar o princípio processual constitucional da duração razoável do processo, que prevê que o instrumento processual não precisar ser rápido, apenas deve demorar o tempo necessário para solucionar o caso submetido a prestação jurisdicional, levando em consideração os mecanismos de adequação (DIDIER, 2011, p.64).

Ainda, a noção de efetividade da tutela jurisdicional está intimamente relacionada com a condução do processo de forma adequada e célere. Observados esses mecanismos é possível visualizar um direito ao processo justo.

Por fim, vale ressaltar a visão publicística do processo, que é o último alicerce teórico do acesso a justiça. O processo publicístico é aquele que deixou de ser um mecanismo exclusivo de utilização individual, para se tornar um processo voltado a promoção da ordem pública. Ou seja, os fins públicos transcenderam os interesses individuais das partes (CAMBI, 2007).

Com isso, houve um aumento da interferência do Estado-juiz nas relações privadas, e o estado passou a impor valores constitucionais e a tutelar bens jurídicos de caráter patrimonial e extrapatrimonial (CAMBI, 2007).

Em suma, com a constitucionalização do processo e o alargamento dos direitos e garantias fundamentais, o princípio do acesso a justiça tornou-se uma norma fundamental muito mais abrangente, não se limitando, apenas, a garantia do inafastabilidade jurisdicional. Foi a partir do Neoprocessualismo, que o acesso a justiça passou a ser considerado como um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada.

6 CONCLUSÃO

A evolução do constitucionalismo, ao logo das décadas, desencadeou um moderno movimento que revolucionou a forma de aplicação e interpretação do direito constitucional e processual

O Neoconstitucionalismo trouxe uma nova concepção à constituição, inspirado em visões pós-positivistas, que buscavam acabar com o formalismo excessivo e com o legalismo, além de propiciar uma reaproximação entre o direito e a ética, a partir da valorização da constituição e dos direitos fundamentais.

O direito constitucional afirmou-se como uma nova teoria que busca a concretização de valores abrigados nas normas e princípios constitucionais, sendo necessário, para tanto, mudanças no ordenamento jurídico e na atividade jurisdicional.

Essas modificações vieram com o desenvolvimento do Neoprocessualismo, que adotou a constitucionalização dos direitos processuais, como uma forma de oferecer tutelas eficazes e céleres. É a partir do processo que a teoria constitucional passa da abstração para a concretude, oferecendo soluções justas para os casos levados ao conhecimento do judiciário.

O Neoprocessualismo desenvolveu técnicas processuais como a adoção de um processo cooperativo, o emprego de precedentes processuais, a utilização de cláusulas gerais, enfim métodos que buscaram revolucionar o conceito de acesso a justiça.

Dessa forma, a supremacia da constituição e a instituição de direitos fundamentais de ordem processual, fizeram com que o princípio do acesso a justiça se consagra não apenas como garantia a prestação jurisdicional, mas como um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada.

Portanto, o Neoprocessualismo e o Neoconstitucionalismo criaram novas tendências de aplicação do direito, por meio da criação de mecanismos que facilitaram a resolução do processo de forma efetiva, célere, adequada e justa.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Justiça: acesso e descesso**. Jus Navigandi, Teresina. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4078>>. Acessado em 15 out. 2011

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial** – São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010.

ÁVILLA, Humbarto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 12ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. Disponível em <www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, Acessado em 25 abr. 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo : Saraiva, 2009.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. 2002. Disponível em <jus.uol.com.br/revista/texto/3208/fundamentos-teoricos-e-filosoficos-do-novo-direito-constitucional-brasileiro>, Acessado em 20 abril 2011.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. 2005. Disponível em <jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>, Acessado em 20 abr. 2011

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**, 2ª ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições da Filosofia do Direito** – São Paulo: Editora Cone, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília. DF, Senado, 1998.

CAMBI, Eduardo, **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**, 2007,
Disponível em
<www.panoptica.org/.../1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>, Acessado
em 12 dez. 2010

_____. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. – Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Garantia da Constituição.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Editora Fabris, 1988.

_____, **Mauro. Juízes Legisladores?** – Porto Alegre: Editora Sergio A. Fabris, 1993.

CUNHA, Dirley Junior. **Curso de Direito Constitucional.** 3ª ed. Salvador : JusPodivm, 2009.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-modernidade.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

DANTAS, Ivo. **Constituição e Processo – Introdução ao Direito Processual Constitucional** – Vol. I. Curitiba: Editora Juruá, 2003.

DIDIER JÚNIOR, **Fredie. Curso de Direito Processual Civil** – 13ª ed. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil** – 2ª ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

_____, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil** – 4ª ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

_____, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno** – 6ª ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico – Princípios, Regras e o Conceito de Direito** – 1ª ed. – Porto Alegre: Editora Safe, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** – Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

FUX, Luiz. **O novo Processo Civil Brasileiro Direito em Expectativa – Reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil** – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson e, WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**. Editora Safe, 2005.

LARA, Rubens. **Acesso à justiça**. 1ª ed. – Editora Método, 2002.

LEITE, Gisele. **Constitucionalismo e sua história**. Boletim Jurídico. Uberba/MG. 2007. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1773>> Acessado em 01. Dez. 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme e, MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC – Críticas e propostas** – 1ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos** – 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo – Bases Teóricas do Constitucionalismo Contemporâneo** – Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

MONTEIRO, Marcelo Fontes. **A Evolução Histórica do Constitucionalismo**. 2007. Disponível em <www.webartigos.com/articles/1306/1/A-Evolucao-Historica-Do-Constitucionalismo/pagina1.html>, Acessado em 12. jan. 2011

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo – A invasão da Constituição** – São Paulo, Editora Método, 2008.

MOURA, Lenice S. Moreira de. **O novo Constitucionalismo da era Pós-Positivista – Homenagem a Paulo Bonavides** – São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito** – 18ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Princípios Processuais Cíveis na Constituição** – Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

PINTO, Ana Fábria Rodrigues. **O acesso à justiça como preceito constitucional e eficácia na prática jurídica**. 2007. 53 f. Monografia (Graduação em Direito) Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo. 2007. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/641/656>> Acesso em: 4 maio 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos** – São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RIBEIRO, João. **O que é positivismo** – 6ª ed. – São Paulo: Editora Brasiliense, 2006.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil – Riscos e possibilidades**. 2009. Disponível em <www.webartigos.com/articles/1306/1/A-Evolucao-Historica-Do-Constitucionalismo/pagina1.html>, Acessado em 24. jun. 2011

SILVERIO, Karina Peres. **O Acesso à Justiça**. 2008. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1673/1590>, Acessado em 24. Ago.2011

SOUSA, Diogo Carlos Lopes, **Origem do Constitucionalismo e sua Evolução Histórica**. 2010. Disponível em <

http://groups.google.com/group/politicaedireito/browse_thread/thread/5109cd5a94aa5520>. Acessado em 24 abr. 2011

SOUZA JUNIOR, Antônio Umberto de. Prefácio do Prof. Jorge Miranda – **O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas** – 1ª ed. – Porto Alegre: Editora Síntese, 2004.