

A relação entre Constituição e processo no Estado contemporâneo: constitucionalização do direito processual e neoprocessualismo

Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira¹

RESUMO: O presente artigo analisa, sob o marco teórico do neoconstitucionalismo, a configuração contemporânea do Direito Processual, que vem sendo denominado por relevante parcela da doutrina como neoprocessualismo. Após a fixação de algumas bases teóricas pós-positivistas e neoconstitucionalistas, avança o estudo em direção à íntima relação entre a Constituição e a tutela jurisdicional efetiva no Estado contemporâneo, sendo analisados aspectos como o direito fundamental à tutela jurisdicional justa, efetiva e célere, bem como a necessária cooperação processual para a construção de uma decisão constitucionalmente adequada. Revela ainda que, mais relevante do que a própria terminologia empregada, é o reconhecimento de que o processo tem passado por uma adequação de seus institutos e instrumentos aos preceitos constitucionais, votando-se, cada vez mais, à efetividade dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Constituição – Processo - Neoconstitucionalismo – Neoprocessualismo.

ABSTRACT: This article analyzes, using the theoretical framework of neoconstitutionalism, the contemporary setting of procedural law, which has been called by relevant part of the doctrine as neoprocessualism. After fixing some theoretical post-positivist and neoconstitutionalist bases, the study progresses toward the relationship between the Constitution and the effective judicial protection in the contemporary state, analyzing aspects such as the fundamental right to fair, effective and quick judicial protection, and procedural cooperation for the construction of a constitutionally proper decision. It also reveals that more relevant than the employed terminology itself, it is the recognition that process has gone through an adjustment of its institutions and instruments of constitutional principles, searching for effectiveness of fundamental rights.

Key-words: Constitution – Process - Neoconstitutionalism – Neoprocessualism.

1 Introdução

O fenômeno jurídico contemporâneo já não apresenta a mesma conformação de tempos atrás. Uma análise do contexto global posterior à Segunda Guerra Mundial revela que dentre os temas mais relevantes discutidos no meio jurídico estão o caráter normativo dos princípios, o

¹Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Professor de Direito Eleitoral da SEUNE. Analista Judiciário no Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas. E-mail: davi_gouvea@yahoo.com.br.

papel exercido pela jurisdição constitucional, o desenvolvimento de renovadas categorias hermenêuticas e a necessária efetividade dos direitos fundamentais, inclusive sociais, os quais, em sua acepção objetiva, podem ser entendidos como os valores básicos inspiradores de toda a ordem normativa.

Os estudos relacionados àqueles temas acabam por congregam diversos doutrinadores em torno de uma teoria do direito que se tem denominado de neoconstitucionalismo. Longe de consistir em uma teoria perfeitamente acabada e dotada de homogeneidade entre os seus integrantes, esta visão contemporânea do direito tem exercido forte influência nos sistemas jurídicos de diversos países.

Como não poderia deixar de ser, esta tendência de atualização dos métodos de trabalho do direito como um todo influenciou, de maneira inevitável, o âmbito do Direito Processual, cuja Teoria Geral e respectivos conceitos têm passado por uma necessária redefinição, que se destina a contribuir com o aprimoramento da compreensão e aplicação práticas do Direito Processual, especialmente através da adoção de preceitos claramente influenciados pelos valores constitucionais.²

É nesse sentido que o presente estudo objetiva analisar a relação entre a Constituição e o processo no Estado contemporâneo, relação esta que passa, inevitavelmente, pelos aspectos da constitucionalização do direito, inclusive do direito processual, pela noção de direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e célere, bem como pelo que tem sido denominado neoprocessualismo.

Não por acaso, o estudo partirá da abordagem do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, verdadeiros aportes teóricos para a conformação contemporânea do Direito Processual, buscando-se construir, de maneira fundamentada, a afirmação da íntima relação entre neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, bem como os desdobramentos destes conceitos para o processo, considerado este tanto no sentido de ciência processual quanto no de técnica manejável na prática.

²DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 98.

2 Pós-positivismo e Neoconstitucionalismo: as bases teóricas de um constitucionalismo renovado.

Com o termo “neoconstitucionalismo”, cujo uso pioneiro pode ser creditado a Suzanna Pozzolo³, na conferência proferida no XVIII Congresso da Associação Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social, ocorrido em Buenos Aires, em 1997, tem-se chamado a atenção para um conjunto de teorias relacionadas à concepção, interpretação e aplicação do direito, assim como aos problemas relacionados com ditas atividades⁴, gerando uma nova conformação do Direito no Estado Constitucional contemporâneo.

Leciona Daniel Sarmiento⁵ que o referido conceito não foi trazido do constitucionalismo norte-americano ou do alemão, tendo sua construção ocorrido na Espanha e Itália, e sua influência no Brasil ganhado impulso, sobretudo em decorrência da divulgação da coletânea *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell. Pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo consiste na teoria que tem alcançado maior expansão no debate jurídico contemporâneo, exercendo influência prática tanto no contexto europeu como latino-americano.

Pelo próprio título da mencionada obra, percebe-se que não se trata de uma linha única de pensamento, mas sim de um conjunto heterogêneo e ainda em constante construção de ideias que guardam relação com o contexto histórico posterior à Segunda Guerra Mundial, podendo-se compreendê-lo como uma forte reação à substituição dos ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade por condutas atroztes como as praticadas pelos regimes de índole nazista e facista.⁶

A corrente neoconstitucionalista representa uma tentativa de evolução em relação ao positivismo jurídico, ao qual comumente são dirigidas críticas baseadas principalmente no

³POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional**. *Doxa*, n. 21, vol. II, 1998. Disponível em: www.cervantesvirtual.com/obra/n-21---1998/. Acesso em: 10. Mar. 2014.

⁴JARAMILLO, Leonardo Garcia. **Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción**. In: In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia. **El Canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 212.

⁵SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. Disponível em <<http://www.danielsarmiento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2013.

⁶BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. In: Revista Diálogo Jurídico – nº 15 – jan / fev / mar de 2007 – Salvador: 2007, p. 4. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

argumento da injustiça e no argumento dos princípios. Segundo o primeiro, uma norma fortemente injusta não seria direito, enquanto que, com base no segundo, se é reconhecida a existência de princípios no direito, como consequência, deve-se admitir que há uma relação necessária entre direito e moral.⁷

O neoconstitucionalismo comporta elementos não apenas do ponto de vista teórico, mas também desde o ponto de vista político e jurídico. Dentro de tal concepção, pressupõe-se um tipo de Estado Constitucional de Direito com um alto conteúdo ideológico, tento em vista a adoção de um modelo axiológico-normativo de Constituição, constituída de normas diretamente aplicáveis, ao invés de um mero conjunto de regras que direciona a elaboração de outras regras de menor hierarquia.⁸

No mesmo trilhar de ideias, George Sarmento leciona que a essa mudança de paradigma, experimentada a partir do contexto do pós-guerra, convencionou-se chamar neoconstitucionalismo, para o qual os desafios não mais se relacionam às questões da estruturação do Estado, tendo sido deslocados, principalmente, para a estabilidade constitucional, bem como para a proteção e a implementação dos direitos fundamentais. Atualmente, os seus grandes temas giram em torno da normatividade dos princípios, da ampliação da jurisdição constitucional, da construção de novas categorias hermenêuticas e do caráter vinculante dos direitos fundamentais.⁹

Barcellos aponta como algumas das características formais mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo a normatividade da Constituição, a sua superioridade hierárquica e o papel central por ela ocupado nos sistemas jurídicos, enquanto que, sob o ponto de vista material, elenca a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais e a expansão dos conflitos entre as opções normativas e filosóficas dentro da própria Constituição.¹⁰

⁷FIGUEROA, Alfonso Garcia. Neoconstitucionalismo, Derrotabilidad e Razón Práctica. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia. **El Canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 185.

⁸JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los Argumentos del Neoconstitucionalismo y su Recepción. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia. **El Canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 214.

⁹LINS JÚNIOR, George Sarmento. Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional: Reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda. **Revista do Mestrado em Direito – Universidade Federal de Alagoas**. Vol. II, n.º 3, dez. (2006 – 2008). Maceió: Edefal, 2008, p.51.

¹⁰BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. In: Revista Diálogo Jurídico – n.º 15 – jan / fev / mar de 2007 – Salvador: 2007, p. 2 a 4. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

Por sua vez, Suzanna Pozzolo expõe como traços caracterizadores do neoconstitucionalismo: a) a adoção de um “modelo prescritivo de Constituição como norma”; b) o reconhecimento de que o Direito também se compõe de princípios; c) a utilização da técnica da ponderação; d) a consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de outras pragmáticas à Teoria do Direito.¹¹

Faz-se relevante enquadrar o neoconstitucionalismo em um contexto filosófico ao qual se pode conceber como pós-positivismo e que, na concepção de Barroso, ante a superação do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo, abriu caminho para um conjunto amplo e inacabado de reflexões sobre o Direito, a função social por ele exercida e a sua interpretação. Nesse âmbito estão incluídas as discussões relativas à definição das relações entre valores, princípios e regras, os aspectos ligados à denominada nova hermenêutica constitucional, bem como a teoria dos direitos fundamentais, cujo alicerce repousa no princípio da dignidade humana.¹²

É nesse sentido que se pode afirmar ter ocorrido no constitucionalismo contemporâneo um retorno aos valores, uma reaproximação do Direito com a ética, não no sentido de desconstrução do ordenamento positivo, mas sim da reintrodução no mesmo das ideias de justiça e legitimidade.¹³

Ao propugnar a superação da separação entre direito e moral, o neoconstitucionalismo expressa a necessidade de fundação, argumentação e justificação do direito e das escolhas políticas que lhe sujazem.¹⁴ A presença da moral no direito consiste em verdadeira exigência decorrente da complexidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.¹⁵

Como os princípios, que representam uma boa parcela das normas mais relevantes das constituições contemporâneas, caracterizam-se por sua abertura e indeterminação semântica, foi

¹¹OTTO, Élcio; POZZOLLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 66.

¹²BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 336.

¹³BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28.

¹⁴OTTO, Élcio; POZZOLLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 49.

¹⁵JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los Argumentos del Neoconstitucionalismo y su Recepción. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia. **El Canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 209.

necessária a adoção de novas técnicas hermenêuticas, a serem somadas à tradicional subsunção lógica do fato à norma.

A necessidade de serem resolvidas as frequentes tensões entre os princípios constitucionais colidentes ensejou a utilização judicial da técnica da ponderação. Mais do que isso, na busca de legitimidade para estas decisões, desenvolveram-se diversas teorias da argumentação jurídica, como a sistematicamente construída por Alexy,¹⁶ que incorporaram ao processo de construção argumentativa das decisões judiciais elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de índole moral, ou o amparo no campo empírico subjacente às normas.

No caso brasileiro, desde a Carta Magna de 1988 e o conseqüente processo de redemocratização política do país, verdadeiros marcos históricos impulsionadores das mudanças discutidas ao longo deste item, tem-se percebido um avanço, muitas vezes através da necessária atuação do Poder Judiciário, no sentido da efetividade das normas constitucionais, especialmente daquelas definidoras de direitos fundamentais.

Pode-se mencionar, assim, que um aspecto marcante do constitucionalismo do pós-Segunda Guerra consiste em ter introduzido a dimensão do conflito na vida institucional cotidiana, na medida em que eles não são negados ou mascarados pela crença em uma liberdade individual idealizada. Ganham, ao contrário, lugar privilegiado nos espaços de socialização política, especialmente no Legislativo, mas, também, em certa medida, no Poder Judiciário, expressando-se nos embates sociais por direitos¹⁷. Nesse contexto, têm apresentado grande relevância, como se demonstrará, as concepções acerca do processo (justo) e da tutela jurisdicional (efetiva) no Estado Constitucional contemporâneo.

3 Constituição, processo e tutela jurisdicional efetiva no Estado contemporâneo.

A relação entre a Constituição e o processo pode se dar de maneira direta, quando aquela estabelece os direitos e garantias processuais fundamentais, prevê a estruturação dos órgãos judiciais e instrumentaliza o controle de constitucionalidade. Pode ainda ser uma relação indireta

¹⁶ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹⁷BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Polícias públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 5 *et seq.*

quando a Constituição dá ensejo a que a legislação infraconstitucional preveja regras processuais específicas para que o juiz concretize os dispositivos constitucionais no caso concreto. O processo, nessa perspectiva, representa um relevante mecanismo de concretização dos direitos constitucionalmente previstos.¹⁸

A Constituição representa o ponto de partida para a interpretação e a argumentação jurídicas, com influência marcante também no âmbito do processo, podendo-se afirmar a existência de uma inegável relação entre o neoconstitucionalismo e o processo. A lei, bem representada pelas codificações, perdeu a posição central que outrora ocupara no ordenamento jurídico, estando sua validade doravante condicionada à sua conformidade com a Constituição e com os direitos fundamentais nela previstos.¹⁹

A título exemplificativo, vale mencionar que o devido processo legal atualmente abrange novas exigências que extrapolam os formalismos tradicionais, sem a pretensão de os eliminar, dizendo respeito à celeridade e eficiência processuais e à adequação do procedimento adotado.²⁰ No Estado Democrático de Direito, o devido processo legal não se limita à noção de procedimento desenvolvido em juízo, cabendo a ele exercer influência sobre os mecanismos procedimentais, propiciando um provimento jurisdicional adequado à supremacia da Constituição e à efetividade dos direitos fundamentais.²¹

Em consequência da expedição e entrada em vigor desse modelo substantivo de Constituição, a prática jurisprudencial de tribunais e cortes constitucionais sofreu mudanças, tendo os juízes que passar a realizar sua função com o manejo de novos parâmetros interpretativos. Entraram em jogo técnicas interpretativas típicas dos princípios constitucionais, a proporcionalidade, a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, o efeito horizontal desses direitos, dentre outros. No paradigma neoconstitucional os juízes apresentam grande relevância, afinal o ordenamento deve estar garantido por meio de mecanismos jurisdicionais. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo acaba por gerar uma certa explosão da

¹⁸CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Processo e Constituição - Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006, p. 662.

¹⁹CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Processo e Constituição - Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006, p. 672-673.

²⁰GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El "Neoprocessalismo". In: **Revista Ibero-americana de Direito Processual**, n. 9, ano VI. Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual, 2006, p. 235.

²¹THEODORO JÚNIOR, Humberto. A constitucionalização do processo no Estado Democrático de Direito. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Constituição, Política e Cidadania**. Porto Alegre: Editora GIW, 2013, p. 221.

atividade judicial e demanda um razoável grau de ativismo judicial, superior ao que havia anteriormente.²²

A supremacia constitucional e a superação da ideia de neutralidade da lei e da jurisdição encontram, no art. 5º, XXXV, da CF/88, um relevante fundamento, não apenas para a inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), mas também para um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada (acesso à ordem jurídica justa). O desafio posto ao legislador e ao juiz para a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva consiste na construção e implementação de técnicas processuais capazes de tutelarem satisfatoriamente os direitos materiais. O procedimento do mandado de segurança bem representa a utilidade de um rito célere e adequado para a tutela de determinados direitos.²³

Se, no Estado Constitucional, é dever do legislador estabelecer normas processuais que sejam aptas a assegurar uma tutela jurídica adequada, efetiva e oportuna às situações jurídicas que carecem de proteção, é também uma obrigação do Poder Judiciário a atribuição de sentido aos dispositivos normativos com base na Constituição e, especialmente, nos direitos fundamentais processuais por ela abrangidos, a fim de que se possa atribuir ao processo uma feição verdadeiramente idônea para a tutela dos direitos envolvidos na questão submetida a juízo.²⁴

Nesse sentido, a aceitação de que a tutela jurisdicional efetiva e célere consiste em um direito fundamental, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, pressupõe a que a ela se vinculam o legislador, o administrador e o juiz, em virtude da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa concepção do processo a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional pressupõe o reconhecimento da natureza instrumental da norma processual, de maneira a permitir que se encontre a técnica processual idônea às necessidades do caso concreto²⁵.

²²CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia. **El Canon neoconstitucional**. Madri: Editorial Trotta, 2010, p. 155.

²³CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Processo e Constituição - Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006, p. 673-676.

²⁴MITIDIERO, Daniel. La tutela jurisdiccional de los nuevos derechos en el Estado Constitucional brasileño. In: LINERA, Miguel Ángel Presno; SARLET, Ingo Wolfgang. **Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación**. Aranzadi: Navarra, 2010. p. 273.

²⁵MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2005, pp. 119.

Neste ponto, cabe registrar que a promessa constitucional de um processo justo e de uma tutela jurisdiccional adequada, justa e oportuna direcionada aos direitos fundamentais levou à necessidade de o legislador alterar o Código de Processo Civil para garantir, por exemplo, a espécie inibitória de tutela, com vistas a impedir a prática, a manutenção ou ainda a reiteração de um ilícito.²⁶

Merece destaque ainda o dispositivo constante do art. 461, § 5º do CPC, que, mediante a adoção da expressão “meios necessários”, verdadeira decorrência do princípio da atipicidade dos meios de execução, permitiu que o juiz empregasse o meio executivo mais adequado à realização do direito material, em cada caso concreto.²⁷

Tratam os instrumentos e meios processuais mencionados, portanto, de claros avanços da técnica processual, decorrente da marcante influência exercida pela Constituição, pelos direitos fundamentais, bem como pela concepção publicista e cooperativa do processo (justo) no Estado contemporâneo, em contraposição à superada visão do processo como mero meio de solução de demandas entre partes perfeitamente delimitadas e com interesses exclusivamente individuais.

4 Constitucionalização do direito processual e neoprocessualismo.

Embora não haja unanimidade quanto à aceitação do termo neoprocessualismo, circunstância também presente no debate acadêmico relacionado ao neoconstitucionalismo²⁸, o fato é que se pode observar uma tendência de adequação do processo ao renovado modelo jurídico-constitucional, no qual os direitos fundamentais exercem papel destacado. Mais relevante do que pretender afirmar a imprecisão terminológica do termo neoprocessualismo é, portanto, explicitar a utilidade e o alcance da relação entre ele e a constitucionalização do processo.

²⁶ MITIDIERO, Daniel. La tutela jurisdiccional de los nuevos derechos en el Estado Constitucional brasileño. In: LINERA, Miguel Ángel Presno; SARLET, Ingo Wolfgang. **Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación**. Aranzadi: Navarra, 2010. p. 283.

²⁷ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Processo e Constituição - Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006, p. 677.

²⁸ Lênio Streck, por exemplo, expõe posição crítica quanto à denominação neoconstitucionalismo, bem como à sua própria relevância enquanto teoria do direito. Nesse sentido, veja-se: STRECK, Lênio Luiz. Constituição, interpretação e argumentação: porque me afastei do neoconstitucionalismo. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Constituição, Política e Cidadania**. Porto Alegre: Editora GIW, 2013.

Pode-se, a partir desse ponto de vista, afirmar ser o que alguns doutrinadores denominam neoprocessualismo²⁹ o panorama do atual estágio de desenvolvimento metodológico do Direito Processual, cuja evolução se fez indispensável diante da constatação de que a ciência e a técnica processuais já não ofereciam respostas aos novos problemas surgidos a partir das cada vez mais complexas relações jurídico-sociais.

A expansão dos interesses (difusos, coletivos e individuais homogêneos) operou uma flexibilização nas possibilidades de discussão dentro do processo, entretanto, o modelo processual não acompanhou essa evolução e continuou focado basicamente na solução de demandas com partes bem delimitadas e individualizadas e com referência a um dano específico³⁰, o que torna premente a necessidade de se buscar uma reconfiguração do processo baseada em uma leitura constitucionalmente adequada dos seus institutos, tais como a ação e a jurisdição.

O contexto atual da Teoria do Processo apresenta íntima relação com o neoconstitucionalismo, afinal o processo passa a fazer uso de técnicas espelhadas na metodologia constitucional contemporânea, podendo-se reconhecer um verdadeiro Direito Processual constitucionalizado.

É nesse sentido que se tem observado a denominada constitucionalização do processo, que pode ser vislumbrada sob dois aspectos principais. O primeiro deles consistente na incorporação nos textos constitucionais de normas tipicamente processuais. O segundo sentido, por sua vez, é caracterizado pela consideração das normas infraconstitucionais como instrumentos de concretização da Constituição.³¹

No contexto do segundo pós-guerra, a constitucionalização das garantias processuais e o interesse democrático pela colaboração das partes acabaram por gerar uma nova dimensão de análise do princípio do contraditório. Enquanto no processo liberal havia uma prevalência do papel das partes e no contexto posterior às reformas processuais foi adotada uma lógica de

²⁹Com relação à existência de um neoprocessualismo, podem ser citadas, exemplificativamente, as seguintes contribuições doutrinárias: CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Processo e Constituição - Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El “Neoprocessalismo”. In: **Revista Ibero-americana de Direito Processual**, n. 9, ano VI. Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual; DIDIER JR., Fredie. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. In: DIDIER JR. (Coord.), Fredie. **Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2010.

³⁰GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El “Neoprocessalismo”. In: **Revista Ibero-americana de Direito Processual**, n. 9, ano VI. Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual, 2006, p. 229.

³¹DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 33.

oralidade e de autoritarismo na atuação do juiz, no Estado Democrático (Constitucional) de Direito, com a releitura do princípio do contraditório, passou a existir um maior diálogo e cooperação entre os atores processuais (as partes e também o juiz), permitindo uma coparticipação entre eles.³²

O processo, em sua conformação contemporânea, seja ela encarada como teoria neoprocessualista ou mesmo como um reflexo da constitucionalização do processo, tem como objetivo atribuir efetividade aos direitos discutidos nas mais diversas demandas, para o que faz uso das normas constitucionais, tanto regras quanto princípios e, por vezes, demanda uma postura mais ativa por parte do magistrado. A constatação de uma postura mais protagonista exercida pelo Poder Judiciário no contexto contemporâneo torna nítida a relação entre neoconstitucionalismo e o denominado neoprocessualismo.

Neste ponto, apresenta-se relevante a lição de Barcellos no sentido de que o neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, construindo instrumentos através dos quais se poderá transformar os ideais da normatividade, da superioridade e da centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica³³.

No mesmo trilhar de ideias, o denominado neoprocessualismo busca fornecer os meios e técnicas processuais aptos à adequada tutela dos direitos, não pretendendo ficar restrito ao plano teórico e exigindo, portanto, a adoção de novas práticas, cada vez mais eficazes para a construção de uma cultura efetivamente democrática e para a concretização crescente dos direitos fundamentais.³⁴

A instrumentalidade do processo propicia a construção de técnicas processuais efetivas, céleres e adequadas à realização do direito, mas este viés metodológico deve sempre ser compatibilizado com os direitos e garantias fundamentais assegurados em qualquer processo, que estão na base do denominado garantismo processual. O equilíbrio entre instrumentalismo e garantismo permitirá que os conflitos sejam resolvidos, inclusive com o uso da

³²NUNES, Dierle; THEODORO JR., Humberto. O princípio do contraditório – tendências de mudanças de sua aplicação. In: **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, n° 28. Pouso Alegre, jan-jun/2009, p. 182.

³³BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. In: Revista Diálogo Jurídico – n° 15 – jan / fev / mar de 2007 – Salvador: 2007, p. 3. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

³⁴CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Processo e Constituição - Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006, p. 683.

proporcionalidade, sem posturas radicais, que negariam tanto o neoconstitucionalismo quanto o neoprocessualismo.³⁵

A técnica legislativa tem sido objeto de mudanças progressivas, com o incremento da produção normativa dirigida à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.³⁶ As ações coletivas apresentam uma relevante ligação com os direitos fundamentais, afinal elas permitem a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais cuja realização exige prestações sociais (direito à saúde, por exemplo) e também a sua necessária proteção contra os particulares. A jurisdição consiste em um local que acolhe a participação, tornando viável a realização de uma prestação estatal imprescindível à concretização dos direitos fundamentais.³⁷

Ademais, tem sido perceptível a evolução da ideia de processo justo, o que pode ser notado no conceito de supremacia dos preceitos constitucionais, no reconhecimento de um direito fundamental à jurisdição, na garantia de um contraditório efetivo e em princípios como o da vedação da surpresa e o da cooperação processual.

Trata-se também de assegurar às partes a possibilidade de real influência na formação do convencimento racional do juiz e, em consequência, na fundamentação argumentativa da decisão judicial.³⁸ Tais conceitos, mais do que apresentar relação com o acesso à jurisdição, representam verdadeiro direito de acesso a uma ordem jurídica justa, para a qual convergem as garantias e os direitos fundamentais processuais.³⁹

Como decorrência da adoção de preceitos neoconstitucionalista na dimensão do processo, o denominado neoprocessualismo deve continuar trazendo ares de renovação para a ciência processual, devendo, entretanto, ser preservado o necessário equilíbrio entre instrumentalidade do processo e garantismo processual.

³⁵CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Processo e Constituição - Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006, p. 680-682.

³⁶SANTOS, Fábio Bezerra dos; SANTOS, Marina Josina Bezerra dos. Constituição Política do Procedimento Jurisdicional Cível: do individual ao coletivo. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Constituição, Política e Cidadania**. Porto Alegre: Editora GIW, 2013, p. 117.

³⁷MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2005, pp. 115-116.

³⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. A constitucionalização do processo no Estado Democrático de Direito. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Constituição, Política e Cidadania**. Porto Alegre: Editora GIW, 2013, p. 236.

³⁹CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Processo e Constituição - Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006, p. 674-675.

5 Conclusões.

Não obstante a resistência de parte relevante da doutrina quanto à aceitação dos pressupostos teóricos do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo, pode-se concluir que na verdade, em sua maioria, as críticas levantadas se dirigem mais ao aspecto terminológico do que propriamente à metodologia de trabalho adotada por aquelas teorias. Fato facilmente observável é que o panorama constitucional e também o processual foram recentemente alvo de fortes influências exercidas pela reaproximação entre o Direito e a moral, bem como pelo papel central exercido pelos direitos fundamentais no Estado Constitucional contemporâneo.

Demonstrou-se que a configuração contemporânea do Direito Processual é composta por conceitos como o direito fundamental a uma tutela jurisdicional justa, efetiva e célere, bem como o da cooperação processual para a construção de uma decisão constitucionalmente adequada. Impõe-se, portanto, o esforço no sentido da previsão legislativa e do manejo judicial adequado de técnicas e instrumentos processuais hábeis à adequada tutela dos direitos fundamentais discutidos no caso concreto.

Mais revelador do que o próprio uso do termo neoprocessualismo, mostrou-se o reconhecimento de que esse renovado panorama processual decorre da atualização de diversos institutos e instrumentos processuais aos preceitos constitucionais, que, cada vez mais, se voltam para a efetividade dos direitos.

Como consequência, o neoprocessualismo, ainda que não venha a ser entendido como teoria processual autônoma, há que ser reconhecido ao menos como uma consequência da tendência de constitucionalização do processo e, nesse sentido, deve continuar trazendo renovação para a ciência processual, tendo como um dos seus desafios o necessário equilíbrio entre a instrumentalidade e o garantismo processuais.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. In: Revista Diálogo Jurídico – nº 15 – jan / fev / mar de 2007 – Salvador: 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado RERE**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 01 mar. 2013.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: **Processo e Constituição - Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia. **El Canon neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7ª ed. Salvador: Juspudivm, 2007.

_____. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. In: DIDIER JR. (Coord.), Fredie. **Teoria do Processo: Panorama doutrinário mundial.** Salvador: Juspodivm, 2010.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El “Neoprocesalismo”. In: **Revista Ibero-americana de Direito Processual**, n. 9, ano VI. Buenos Aires: Instituto Ibero-americano de Direito Processual, 2006.

JARAMILLO, Leonardo Garcia. Los Argumentos del Neoconstitucionalismo y su Recepción. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia. **El Canon neoconstitucional.** Editorial Trotta, 2010.

LINS JÚNIOR, George Sarmiento. **Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional: Reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda.** Revista do Mestrado em Direito – Universidade Federal de Alagoas. Vol. II, n.º 3, dez. (2006 – 2008). Maceió: Edufal, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **La efectividad de los derechos y la necesidad de um nuevo proceso civil.** Disponível em: <www.marinoni.adv.br/artigos.php>. Acesso em 01. Jun. 2014.

_____. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.** São Paulo: RT, 2005

MITIDIERO, Daniel. La tutela jurisdiccional de los nuevos derechos en el Estado Constitucional brasileño. In: LINERA, Miguel Ángel Presno; SARLET, Ingo Wolfgang. **Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación.** Aranzadi: Navarra, 2010.

NUNES, Dierle; THEODORO JR., Humberto. O princípio do contraditório – tendências de mudanças de sua aplicação. In: **Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas**, nº 28. Pouso Alegre, jan-jun/2009.

OTTO, Élcio; POZZOLLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico:** as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional.** *Doxa*, n. 21, vol. II, 1998. Disponível em: www.cervantesvirtual.com/obra/n-21--1998/. Acesso em: 10. Mar. 2014.

SANTOS, Fábio Bezerra dos; SANTOS, Marina Josina Bezerra dos. Constituição Política do Procedimento Jurisdiccional Cível: do individual ao coletivo. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Constituição, Política e Cidadania.** Porto Alegre: Editora GIW, 2013, p. 236.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades**. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2013.

STRECK, Lênio Luiz. Constituição, interpretação e argumentação: porque me afastei do neoconstitucionalismo. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Constituição, Política e Cidadania**. Porto Alegre: Editora GIW, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A constitucionalização do processo no Estado Democrático de Direito. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Constituição, Política e Cidadania**. Porto Alegre: Editora GIW, 2013.