



GT - DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Modalidade da apresentação: Comunicação oral

O PROCESSO À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Amanda Larissa Guedes e Melo¹
Beatriz Amâncio de Paiva Freitas
Beatriz Moura Barbosa
Jackeline Emília da Silva Albuquerque
Lucas Alencar Bezerra

RESUMO

O artigo propõe uma análise acerca da evolução do Direito Processual e da Jurisdição ao longo da história ocidental e, sobretudo, brasileira. Além disso, almeja-se refletir acerca da utilização dos princípios constitucionais e direitos fundamentais no Processo, a fim de efetivar o direito ao processo justo, defendido no Novo Código de Processo Civil. Para tanto, utiliza-se da doutrina, a partir do estudo do pensamento de conceituados autores do Direito Processual, sobretudo Luiz Guilherme Marinoni. Pretende-se, dessa forma, revelar os avanços alcançados em busca de um Processo dinâmico, efetivo e comprometido com o ideal de Justiça Social.

Palavras-chave: Direito Processual. Jurisdição. Direitos fundamentais processuais. Princípios constitucionais.

THE PROCESS IN THE LIGHT OF THE THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

The article proposes an analysis about the evolution of Procedural Law and Jurisdiction throughout western and, above all, Brazilian history. In addition, it is intended to reflect on the use of constitutional principles and fundamental rights in the Process, in order to implement the right to a fair trial, defended in the New Code of Civil Procedure. For that, it uses doctrine, based on the study of the thinking of renowned authors of Procedural Law, especially Luiz Guilherme Marinoni. In this way, we intend to reveal the advances achieved in the search for a dynamic process, effective and committed to the ideal of Social Justice.

Keywords: Procedural Law. Jurisdiction. Basic procedural rights. Constitutional principles.

¹ Os autores deste artigo são graduandos em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

1 INTRODUÇÃO

O artigo fará um estudo sucinto acerca da História da Jurisdição e do Direito processual, até o advento do Estado Democrático de Direito, analisando o processo gradual de inserção do Estado na tutela do direito de julgar e eximir conflitos entre particulares, a partir de princípios formais e materiais, como a inafastabilidade da Jurisdição. Nesse sentido, discute-se a concepção valorativa do processo, e os impactos da sua submissão aos princípios da liberdade, igualdade, devido processo legal, entre tantos outros não presentes em rol taxativo, de forma a aplicar os direitos fundamentais e garantir um processo justo e participativo, de maneira a haver legitimidade na decisão. Em suma, pretende-se averiguar que não cabe à jurisdição a mera declaração de direitos, mas sim, a promoção de instrumentos para sua efetivação.

Ademais, o artigo possui abordagem qualitativa, sendo estruturado em uma pesquisa bibliográfica com método descritivo, valendo-se de obras de autores conceituados no âmbito do direito, dentre eles, o processualista Luiz Guilherme Marinoni. Além disso, buscou-se realizar uma análise dos dispositivos legais especificamente voltados para essa temática dentro do ordenamento jurídico, tendo como escopo a apresentação de um modelo processual direcionado para a efetivação da justiça.

2 ASPECTOS DO PROCESSO CLÁSSICO

De maneira inicial, em se tratando de direito processual, cada particular resolvia seus próprios conflitos e a intervenção estatal era inexistente. Assim, sem a presença do Estado, utilizava-se da autotutela, também conhecida como vingança privada, sempre prevalecendo a vontade do mais forte. Segundo Marinoni (2017, p.422), "era natural que se concebesse o processo como mero 'negócio das partes', e não como um lugar em que o Estado exprime sua autoridade".

Foi somente com o direito greco-romano que o direito processual ganhou um aspecto de ciência. Nesse momento, no mundo grego, primava-se pela oralidade e

pela iniciativa das partes em adquirir provas, tendo o juiz restrita liberdade nessas questões. Entretanto, ele era livre para ultrapassar certas determinações legais e exercer uma análise crítica, lógica e racional em sua apreciação das provas apresentadas.

Nesse tocante, por outro lado, no direito processual romano, valorizava-se a arbitrariedade do juiz, cuja liberdade era ampla e representava uma soberania do Estado. Ademais, o procedimento era escrito, já se compreendendo conceitos como o pedido do autor e a instrução da causa. Foi, sobretudo, a partir dessas influências romanas que se construiu a base do direito processual civil moderno.

Com a invasão dos bárbaros e a queda do Império Romano, os povos germânicos trouxeram algumas modificações à concepção processual existente na época. Durante todo esse período, a utilização de ordálias e a crença nos julgamentos com a participação divina foram bastante comuns. Foi com a Escola dos Glosadores e com uma relativa renovação do Direito que surgiu o processo comum, o qual era extremamente lento e difícil. Todavia, o juiz permaneceu com pouca liberdade, o que só veio a se modificar com a Revolução Francesa.

Dessa forma, ainda na análise da evolução do direito processual, superado o conceito da autotutela, o Estado passa, ao longo dos anos, a adquirir o monopólio da jurisdição. Em um primeiro momento, no período em que vigorava fortemente uma visão liberal dentro do que se entende como Estado Liberal, o Estado tinha somente a função de ouvir os conflitos e aplicar a norma devida. Sua figura não atuava fortemente no processo, entendendo que as partes e os advogados assim o fariam. Predominava-se um caráter individualista e pouco se preocupava com o alcance da resolução mais adequada ao caso concreto.

Desde o momento em que, em antigas eras, se chegou à conclusão de que não deviam os particulares fazer justiça pelas próprias mãos e que os seus conflitos deveriam ser submetidos a julgamento de autoridade pública, fez-se presente a necessidade de regulamentar a atividade da administração da Justiça. E, desde então, surgiram as normas jurídicas processuais. (THEODORO, 2015, p. 54)

Não obstante, com o advento do Estado Social, houve uma valorização dos direitos sociais e a busca por um processo mais célere. Visava-se a decisão mais

justa, a atenuação das grandes desigualdades advindas do liberalismo, o atendimento das particularidades de cada caso e defesa, sobretudo os direitos dos mais necessitados. Aqui o Estado se torna uma figura bastante interventora e arbitrária.

Logo após, surge o Estado Democrático de Direito, que tem sua germinação no Brasil com a Constituição de 1988, com o objetivo de ser uma alternativa branda e conciliatória entre os dois períodos anteriores. Dá-se, então, início a união cada vez mais rigorosa do processo aos princípios constitucionais e a uma efetiva participação das partes, as quais passam a limitar e fiscalizar o poder e a atuação estatal.

Quanto a essa questão, no Brasil, o Código de Processo Civil de 1973, criado em uma época que vigorava um Estado Social, torna-se retrógrado no âmbito do Estado Democrático de Direito. Por isso, tendo esse anacronismo se tornado insustentável dentro do direito processual brasileiro, necessitou-se a criação do Código de Processo Civil de 2015, atualmente já em vigor, para a adaptação do processo às normas constitucionais e à atual conjuntura da sociedade brasileira e para a valorização de direitos coletivos e difusos.

Portanto, o processo deixou de ser um instrumento voltado à simples atuação da lei para passar a ser um instrumento preocupado com a tutela de direitos, na medida em que o juiz, no Estado constitucional, além de atribuir significado aos dispositivos constitucionais, legais e caso concreto, tem o dever de compreender a legislação na dimensão dos direitos fundamentais. (MARINONI, 2017, p. 440)

2.1 JURISDIÇÃO

Remetendo-se ao que já foi apresentado no presente trabalho, no Estado Liberal a jurisdição se atinha exclusivamente a aplicação da lei. No Estado Social, houve uma ampliação da jurisdição e o Estado a exercia com arbitrariedade. Em seguida, no Estado Democrático de Direito, as partes ganharam mais autonomia e a jurisdição passa a ser vista também como um dever e não como uma atividade do Estado. Isso se torna evidente com a aceitação de princípios como o da Inafastabilidade da Jurisdição, decorrente do art.5º, inciso XXXV, da Constituição

Federal.¹ Dessa forma, o Estado não pode se eximir de resolver o conflito apresentado ou de prestar tutela jurisdicional.

Ademais, no Estado Social via-se o processo instrumento da jurisdição, com base numa teoria instrumentalista. No Estado Democrático de Direito, essa visão é superada é substituída pela compreensão da jurisdição como um instrumento do processo, estando aquela a serviço desse. Isso se dá, por exemplo, com a resolução consensual do conflito entre as próprias partes, quando a jurisdição não se utiliza do processo. Nesse âmbito, a própria jurisdição torna-se um direito fundamental, e o processo um aparelho garantidor desses direitos fundamentais.

É válido ressaltar ainda que o entendimento de Carnelutti da jurisdição como justa composição da lide, sendo lide entendida como um conflito de interesses é também superado no atual direito processual civil. Entende-se que a função da jurisdição ultrapassa a função resolutória de conflitos, haja vista que, além da jurisdição contenciosa, caracterizada pela resolução de conflitos, existe também a voluntária. Essa ocorre quando não há lide, mas existe a necessidade da intervenção estatal no caso concreto. Quanto a isso, Theodoro exemplifica:

Mas ao Poder Judiciário são, também, atribuídas certas funções em que predomina o caráter administrativo e que são desempenhadas sem o pressuposto do litígio. Trata-se da chamada jurisdição voluntária, em que o juiz apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados, como se dá nas nomeações de tutores, nas alienações de bens de incapazes, divórcio e separação consensuais etc. Aqui não há lide nem partes, mas apenas um negócio jurídico-processual envolvendo o juiz e os interessados. (THEODORO, 2015, p.182)

3 A CONCEPÇÃO VALORATIVA DO PROCESSO

Como citado anteriormente, o Estado Democrático de Direito trouxe, para o cenário jurídico nacional, o estabelecimento e parametrização de princípios. No Direito Processual, tal fato não deixou de ocorrer, tornando o processo um instrumento a favor das partes, isto é, há a garantia de que este será estabelecido de maneira benéfica a elas.

¹Art.5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. "

Este viés principiológico suscita a abordagens filosóficas quanto a conceitos básicos entre juristas, tais quais moral e justiça. Pode-se, primeiramente, remeter ao significado atribuído por Immanuel Kant ao direito, a fim de, paulatinamente, ir alcançando significados mais específicos:

Em primeiro lugar, este conceito diz respeito somente à relação externa e, certamente, prática de uma pessoa com outra, na medida em que suas ações, como fatos, possam influenciar-se reciprocamente; em segundo lugar, o conceito do Direito não significa a relação do arbítrio como o desejo de outrem, portanto com a mera necessidade (*bedürfnis*), como nas ações benéficas ou cruéis, mas tão só com o arbítrio do outro; em terceiro lugar, nesta relação recíproca do arbítrio, ao fim de que cada qual se propõe com o objeto que quer, mas apenas pergunta-se pela forma na relação do arbítrio de ambas as partes, na medida que se considera unicamente como livre e se, com isso, ação de um poder conciliar-se com a liberdade do outro segundo uma lei universal. (KANT, 68-69)

A menção da liberdade, sendo a base deste conceito de direito no texto acima, já se afere à existência de direitos fundamentais, estando o presente no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988¹.

No âmbito processual, é possível vislumbrar outros direitos explanados na mesma citação; a igualdade, por exemplo, remete ao princípio da paridade de armas ou isonomia, que será explicado posteriormente. Assim, pode-se perceber que a explicitação de tais princípios, oriundos dos direitos fundamentais, no Novo Código Processual Civil, estrutura o Direito Processual e torna concreta a diretriz do processo em prol da satisfação das partes.

Retomando o texto kantiano, sua referência à lei universal dá ensejo a uma abordagem moral do direito. Segundo o pensador, a moral pura, em específico, é fator causador da boa vontade, isto é, da prática de boas ações. Apesar de ser individual, a moral pura se torna inerente a todos, sendo considerada, por fim, uma lei universal. Portanto, considera-se que, idealmente, as leis, no plano material, seriam baseadas nessa.

¹ Artigo 5º da Constituição Federal de 1988: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à *liberdade*, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes." (Grifo nosso).

Marinoni, por sua vez, diferencia os dois tipos de moral, a individual e a pública. A primeira se refere ao bom, enquanto o segundo ao justo. Segundo ele, para o Direito Processual, deve-se ter como lei universal a moral pública, porquanto não possui relativismo como a individual - o que é bom para um pode não ser bom para todos -, e isso não se assemelha com o conceito de justiça.

Desta forma, percebe-se que, unindo ambas as concepções, a moral pública equiparar-se-ia, em termos de importância, à moral pura. No entanto, devido a divergência de conceitos, também se nota a disparidade de significados e atribuições para uma mesma nomenclatura. Continuando a tipificação, e assim, adentrando no conceito de justiça: termo trazido, por Marinoni, em consequência da aplicação da moral pública; em se tratando de sua posição enquanto notória finalidade do direito processual, equiparando-se à equidade, pode-se considerar que essa encaminha para que os procedimentos sejam imparciais e acessíveis a maioria. Nesse sentido, Hans Kelsen indaga:

Mas o que significa ser uma ordem justa? Significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social. (2011, p. 2)

Partindo de um pressuposto positivista, analisando a acepção de tal vertente, a valoração processual, ou seja, sua parte subjetiva, torna-se dispensável. Portanto, por ser atrelada a um sentimento particular e abstrato de se obter por meio de procedimentos sistemáticos, a justiça é secundária à garantia do cumprimento normativo, mesmo que esse se apresente injusto.

Atualmente, não vigora este entendimento, no entanto, pode-se conferir ao texto de Kelsen o teor de que é necessária a constante busca pela justiça com o objetivo de promover o bem-estar social. Pode-se inferir, a partir de diferentes diretrizes do direito, que a valoração processual é de grande avanço para a integração de diferentes vertentes filosóficas e suas significações quanto os mais diversos conceitos, além da efetivação de garantias constitucionais e promoção de procedimentos que se atenham aos ideais de justiça.

4 O PROCESSO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tratar do processo é abordar, também, a jurisdição e visualizar que aquele está em um campo externo que vislumbra a concretização da lei através de um bem comum e de uma reafirmação do poder do Estado. Seguindo essa compreensão entende-se que o processo visa garantir a atuação do Estado com uma participação de todos aqueles que compõem o processo, ou seja, o juiz e as partes.

Assim, falar de processo é falar de um procedimento que deva efetivar a participação e legitimar a jurisdição. Ao falar desse procedimento deve-se entender a obediência ao devido processo legal e que atenda aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, assegurando o acesso de todas as populações ao Poder Judiciário.

É do direito ao processo justo ou ao devido processo legal que se extrai os demais direitos fundamentais do processo, é ele encontrado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição¹. Koplin afirma que:

O direito ao processo justo desdobra-se, portanto, em vários outros direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, abrangendo, fundamentalmente, os seguintes (na esfera do processo civil): direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva (CF, art. 5º, XXXV); direito ao contraditório, à ampla defesa e à prova (CF, art. 5º, LV), assim como à proibição da prova ilícita (CF, art. 5º, LVI); direito à isonomia (CF, art. 5º, *caput* e inciso I); direito ao juiz natural e imparcial e ao promotor natural (CF, art. 5º, XXXVII e LIII); direito à publicidade e à motivação das decisões judiciais (CF, art. 5º, LX e art. 93, IX e X); direito à segurança jurídica no processo (especialmente ao respeito à coisa julgada, CF, art. 5º, XXXVI); direito à assistência por advogado (CF, art. 133) e à assistência jurídica integral e gratuita (CF, art. 5º, LXXIV e art. 134); direito à duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII). (KOPLIN, p. 20-21)

É o direito ao processo justo que, segundo Marinoni, “impõe deveres organizacionais ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva” (2017, p.640).

O NCPC busca efetivar as garantias expressas na Constituição a qualquer pessoa, ele traz uma perspectiva de um processo de colaboração no sistema jurídico

¹ Art. 5º, inciso LIV, da Constituição: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

brasileiro, ou seja, há uma colaboração entre o juiz e as partes. Ressalta-se que a colaboração em sentido estrito entre as partes não existe, o que há é uma busca a elaboração de regras que devam ser seguidas durante o processo.

Necessário discutir então os direitos fundamentais que são extraídos, articulados, a partir do direito ao processo justo:

- a) Paridade de armas – apresentar às partes as mesmas condições de atuação, ou seja, dar aos jurisdicantes as mesmas oportunidades processuais. Nesse sentido, Marinoni dispõe que “o processo só pode ser considerado justo se as partes dispõem das mesmas oportunidades e dos mesmos meios para dele participar” (2017, p.640).
- b) Direito ao contraditório – ferramenta importantíssima e concedida a ambas partes durante todo o processo. É entendido como o direito de rebater os fatos afirmados pela parte contrária antes da decisão ser proferida, ou seja, é afirmação de que nenhuma decisão será tomada contra a parte antes de ouvi-la. É o que a doutrina chama de direito de influência.
- c) Direito à prova – é a utilização de meios legítimos para assegurar a verdade dos fatos apresentados pelas partes. Seguindo essa lógica, Koplin afirma que “o caput do art. 379 do NCPC assegura o direito da parte de não produzir prova contra si mesma.” (2015, P. 15-51)
- d) Direito à publicidade – é a justificação pública, ou seja, tudo que ocorre no processo deve ter a informação conferida a todo, exceto quando necessário a preservação da intimidade do interessado no sigilo.
- e) Direito à fundamentação das decisões – considerado aqui um dos mais importantes do direito ao processo justo em conjunto com o direito ao contraditório. É na fundamentação que o juiz justifica sua decisão com base no que foi fundamentado pelas partes. Assim, não é a simples reprodução de normas ou conceitos jurídicos e súmulas, mas a aplicação dessas no caso coadunado com a relação existente.

A motivação da decisão no Estado Constitucional, para que seja considerada completa e constitucionalmente adequada, requer em sua articulação mínima, em síntese: (i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, (i.i) individualização das normas aplicáveis; (i.ii) accertamento das alegações de fato; (i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; (i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; (ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; e (iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente correta.” (MARINONI, 2017, p. 518)

- f) Direito à segurança jurídica no processo – é o direito que concede o respeito à coisa julgada, pois dele nasce a confiabilidade, estabilidade e efetividade da coisa jurídica. É a certeza de um processo seguro que segue as regras da preclusão, por exemplo.

Percebe-se então a importância do direito ao processo justo no NCPC, considerado como um sobre princípio processual que é consagrado pela Constituição, sendo ele o respaldo para a toda a configuração de um processo. Destaca-se aqui a importância do direito ao contraditório e a motivação judicial, pois a partir do estudo desenvolvido nesse trabalho verificou-se a primazia desses direitos dentro de um processo. É com o contraditório que direitos como o da paridade das armas pode se reafirmar, e é com a motivação justificada do juiz diante de sua decisão que há a segurança jurídica aclamada dentro dos direitos fundamentais do processo. É a partir desses conceitos de um processo justo e participativo que se constrói também a legitimidade da decisão.

4.1 A LEGITIMIDADE DA DECISÃO E DO PROCESSO

A compreensão da ideia de legitimidade da decisão como um fim do processo pressupõe uma análise dos direitos fundamentais que ultrapassa o próprio texto legal, enxergando-os sob uma perspectiva também da zetética e inserindo na discussão da ciência processual não apenas o "dever ser", mas também o "ser", tendo em vista a relevância que eles têm na tutela de diversas situações da sociedade plural.

Com base nisso e nos conceitos já abordados neste texto, é importante traçar um percurso que passa pela visão atual que se tem desses direitos e pela distinção entre o direito fundamental material e o direito fundamental à tutela jurisdicional, para, enfim, adentrar, com propriedade, nas implicações geradas em torno da legitimidade da decisão e do processo.

Os direitos fundamentais, até possuírem o significado que possuem hoje, sofreram diversas modificações, tanto conceitual, quanto nos seus destinatários. Com os acontecimentos da primeira metade do século XX, passou a ser disseminada a ideia de que esses direitos não só deveriam atuar como um direito de defesa, restringindo a atuação do Estado no âmbito privado, mas também como um direito de prestação, ou seja, o Estado possui uma obrigação positiva em relação a eles e aos seus destinatários, devendo garanti-los nas suas diversas esferas de atuação, dando

poder aos cidadãos de exigir essa garantia. Dessa forma, os direitos fundamentais são, hoje, vistos como direito de defesa e direito de prestação.

Desse entendimento se valeu, ao ser elaborada, a Constituição de 1988, explicitando no seu Título II, com proteção especial, os direitos e garantias fundamentais. Entretanto, é imprescindível apontar para a distinção existente entre direitos fundamentais formais e materiais. Isso porque essa diferença garante que outros direitos, mesmo não estando no rol apresentado pelo Título II, devido ao seu conteúdo e profunda repercussão sobre as relações sociais, mereçam, também, a característica de fundamental. Corroborando com essa distinção, afirma Marinoni:

Os direitos fundamentais podem ser vistos nos sentidos material e formal. Nesse último sentido, pensa-se nos direitos fundamentais catalogados sob o Título II da CF, embaixo da rubrica "Dos direitos e garantias fundamentais". Porém, admite-se a existência de direitos fundamentais não previstos nesse Título. (2014, p. 64)

Nesse sentido, o direito fundamental material está centrado no conteúdo e o direito fundamental formal limita-se ao posicionamento escrito desses direitos dentro do texto constitucional.

Estabelecida essa distinção, parte-se para a análise da repercussão dos direitos fundamentais, ou seja, a eficácia deles sobre o Estado e sobre os particulares, uma vez que isso permitirá um entendimento mais completo do que seria o direito fundamental material e o direito fundamental à tutela jurisdicional.

Pode-se denominar a eficácia sobre o Estado e seus órgãos de eficácia vertical, a qual tem um efeito direto ou imediato sobre seus destinatários. Já a eficácia sobre as relações privadas, é denominada de horizontal e é em torno dela que se refletem as divergências doutrinárias, pois quando se fala em relações privadas, alguns teóricos consideram que ela se dá de forma imediata, enquanto outros afirmam que ela é mediada pela lei ou pelo poder judiciário, opinião de Canaris e Marinoni, a qual aparenta ser mais plausível.

O que é importante deixar claro é que, quando se fala em relações privadas, admite-se a possibilidade frequente de conflitos entre o direito fundamental de um e o direito fundamental de outro. Nesses casos, quando houver lei infraconstitucional

tutelando, busca-se uma harmonização, mas quando há uma omissão da lei, é fundamental a ação do juiz, pois é ele quem vai garantir a tutela daquele direito, suprimindo a ausência da lei. Isso é um pressuposto necessário para classificar como direito fundamental, pois ele não pode ficar refém da ação do legislador.

Essa atuação do juiz diante da omissão da lei só é realizada no que diz respeito aos direitos fundamentais materiais, pois eles possuem eficácia horizontal e devem repercutir nas relações privadas, podendo ser levados à decisão do magistrado. O que não ocorre com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, espécie de direito fundamental processual, que possui eficácia vertical, vinculando o Estado e seus órgãos e não repercutindo na esfera privada.

Dessa forma, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva trata do modo de ser da jurisdição e tutela todos os direitos, não apenas os fundamentais, esse tipo de direito fundamental não entra em conflito. Nesse sentido, Marinoni entende da seguinte forma: "a decisão judicial faz a ponte entre direito fundamental material e os particulares, ao passo que os direitos fundamentais instrumentais ou processuais são dirigidos a vincular o próprio procedimento estatal" (MARINONI, p.83).

É amparada nessa percepção de direito fundamental processual, com ênfase na tutela jurisdicional efetiva e de direito fundamental material em si, que uma nova visão de processo vem sendo construída. Essa percepção não mais se atrela à simples relação jurídica entre parte e juiz, mas vai além, compreendendo o processo como um conjunto de procedimentos legítimos que devem ter como fim uma decisão legítima, a qual pressupõe uma consciência valorativa. E, acima de tudo, ratificando que a jurisdição vivencia uma fase na qual não pode se limitar à mera declaração de direitos, mas deve fornecer instrumentos para sua efetivação, principalmente no âmbito do processo. Pode-se dizer que:

No direito processual, os cientistas tendem a concordar, hoje, com a necessidade de identificar-se uma teoria do processo adequada aos ditames constitucionais, e, portanto, pensada a partir destes e não apenas oriunda dos institutos clássicos da relação jurídica processual, ação, jurisdição e defesa. (LAMY, 2014)

Como ideia base, é necessário enxergar a legitimidade da decisão como sinônimo de decisões adequadas aos direitos fundamentais. Os questionamentos se constroem na medida em que se busca entender o que garante essa legitimidade, pois, utilizando o positivismo jurídico como exemplo, tinham-se procedimentos válidos e legítimos, que, apesar disso, em diversos momentos, produziram decisões injustas, assim como dentro do ordenamento jurídico atual, uma decisão pode parecer legítima para uns e ilegítima para outros. A pergunta chave está direcionada para como impedir que isso aconteça de forma a conciliar a inserção da moral valorativa e a dogmática do texto normativo.

A respeito disso, a doutrina se posiciona em duas correntes: a primeira afirma que só é possível falar em legitimidade do procedimento, mas não da decisão, exatamente por não haver como assegurá-la objetivamente, o que de fato acontece, uma vez que a decisão está submetida a julgamentos axiológicos, principalmente devido à abertura fornecida pelos direitos fundamentais.

Já a segunda corrente, reconhece a problemática em torno da decisão legítima, e isso é um ponto fundamental, pois permite que ela se construa de maneira mais realista. Mesmo diante desse vácuo de respostas, essa corrente desenvolve uma estrutura para garantir a legitimidade da decisão com base na legitimidade do procedimento e nos direitos fundamentais.

A estrutura proposta pela segunda corrente se dá através da observância e fiscalização do procedimento, o que permite afirmar que o processo se autorregula para impedir decisões que vão de encontro aos direitos fundamentais. Obviamente isso não elimina por completo decisões ilegítimas, mas busca garantir que elas se mostrem, no mínimo, como exceções dentro do ordenamento jurídico. Essa fiscalização se daria através de diversos mecanismos, dentre os quais se podem elencar:

- a) O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que assegura a participação dos integrantes da relação jurídica e que também apresenta mecanismos de autocontrole de seus procedimentos, que seria o devido processo legal, através das garantias processuais de justiça.
- b) A atuação do poder-dever do judiciário, por meio da observação do conteúdo substancial dos direitos fundamentais, aplicando-os de acordo

com valores morais públicos. Essa atuação, no entanto, promove um alerta em relação a como fiscalizar esse procedimento, visto que valores, mesmo aqueles apoiados na moral pública, podem ser distorcidos. Além disso, é indiscutível a sobreposição do judiciário dentro do cenário atual, e que essa atuação não pode se dar ilimitadamente, pois se trata de posicionar-se, em tese, contra a vontade do povo em determinadas decisões. Visando minimizar efeitos perversos da atuação do judiciário, a regulação se daria através de um controle abstrato de constitucionalidade feito por terceiros, os quais dariam legitimidade social à decisão, sendo complementada por uma fundamentação que supere a proposta do legislador. Isso seria reconhecer, o que afirmou Robert Alexy, ao entender que os direitos fundamentais possuem uma vertente democrática e outra antidemocrática, devendo-se estabelecer um consenso sobre o que seria tão importante para sociedade que não deveria ficar submetido à decisão da maioria, mas também exigindo uma argumentação no mínimo plausível para convencer a sociedade de que a decisão de seus representantes estaria equivocada.

- c) A universalidade da justiça, que se daria através de duas vertentes: garantindo o acesso ao judiciário independente de condições econômicas e assegurando técnicas processuais adequadas à tutela do direito material. Ponderando sobre o assunto, afirma Cappelletti: "o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos". (1988, p.13)

Assim, é perceptível que esses mecanismos fazem parte da ideia do processo como um instrumento, ao mesmo tempo em que o regulam, sendo, por isso, interdependentes.

Em uma metáfora, pode-se imaginar a estrutura do processo como um castelo de cartas, cuja base é os direitos fundamentais. Estes, ao mesmo tempo em que possuem natureza aberta, possibilitam uma base firme, que sempre norteará os demais procedimentos, devendo ser irradiados para todas as outras cartas que compõem a estrutura. E a carta atua como os procedimentos e os mecanismos que se autorregulam. É o comportamento e o posicionamento de cada uma dessas cartas, as quais, como dito, estão essencialmente ligadas à base dos direitos fundamentais, que impede que as demais caiam e que ela própria caia.

Essa estrutura pode ser considerada frágil, mas também complexa e necessária, que busca uma decisão justa, sempre adequada à base, ou seja, aos direitos fundamentais, assegurando que, mesmo que haja um eventual

"desmoronamento", ela possa ser restabelecida sobre algo que possibilite a legitimidade do processo e, por consequência, da decisão.

Além disso, ela é uma forma de garantir a nova perspectiva da ciência processual hoje, através de um direito processual que preza pela participação efetiva da sociedade, considerando-a como peça importante e influenciadora da composição da decisão, não se limitando à resolução de litígios ou à definição de qual parte tem razão. Assim, percebe-se o mérito como algo, de fato, construído através do devido processo legal e não simplesmente determinado pelo juiz, e uma estrutura processual que também está atrelada a valores, os quais buscam impedir uma decisão injusta, através do alicerce nos direitos fundamentais.

Simplificando esse pensamento, almeja-se "um processo civil verdadeiramente novo, voltado ao equacionamento do trinômio valorativo identificado pela celeridade, segurança e justiça da decisão" (FIGUEIRA JUNIOR, 2003).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo, é possível certificar que o Processo e a interferência estatal nas relações privadas e no exercício do monopólio da Jurisdição sofreram inúmeras alterações ao longo do tempo, sobretudo em busca da efetividade social a essa tutela.

O ordenamento jurídico brasileiro, ressaltado a partir do NCPC, procura, assim, dinamizar e facilitar o acesso ao Judiciário (atuação do poder-dever) e ao processo, além de priorizar a aplicação dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à universalidade da justiça, de modo a construir um direito processual permeado, de fato, pelas disposições constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales**. Apud MARINONI, Luis Guilherme, A teoria dos direitos fundamentais. In **Curso de processo civil: Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 86-87 v.1.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.



CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. P. 13.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC**. Apud LAMY, Eduardo de Avelar. In **Considerações sobre influência dos valores e direitos fundamentais no âmbito da teoria processual**. 2014

KANT, Immanuel. **Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito**. Apud, LEITE, Flamarion Tavares. 366 p. O Conceito de Direito em Kant. São Paulo. Ed. Cone.

KELSEN, Hans. ***O que é justiça: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência***. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KOPLIN, Klaus Cohen. O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório. In: RUBIN, Fernando; REICHELT, Luis Alberto (Org.). **Grandes temas do novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 15-51

LAMY, Eduardo de Avelar. **Considerações sobre influência dos valores e direitos fundamentais no âmbito da teoria processual**. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: Teoria do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P.640.

MARINONI, Luiz Guilherme. A teoria dos direitos fundamentais. In: **Curso de processo civil: Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 64 p. v.1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.1559.