

A TUTELA JURISDICIONAL COMO POLO METODOLÓGICO DO PROCESSO CIVIL

THE JURISDICTIONAL PROTECTION AS THE NUCLEAR PRINCIPLE OF CIVIL PROCEDURE

Cássio Benvenuti de Castro¹
UFRGS

Resumo

O processo civil surpreende diferentes fases metodológicas, cada qual com um instituto nuclear que lhe implica uma série de consequências, tanto em termos teóricos como na dinâmica operativa ou no “modo-de-ser” do processo enquanto certame dinâmico. Daí que ressalva da tutela como polo metodológico, como princípio reitor ou enquanto vértice do sistema impulsiona o processo na perspectiva constitucional, sobretudo, aproximando-o das necessidades do direito material – das reais necessidades das pessoas do mundo real.

Palavras-chave

Processo civil. Tutela. Princípio. Metodologia.

Abstract

The civil procedure surprises different methodological phases, each one with a nuclear institute that make several consequences, both in theoretical terms as in the operational dynamics. Therefore, the protection or the result itself is a privilege of as a methodological point, as the principal principle, or as the pivot of the system, giving to the process a constitutional perspective, especially by bringing it closer to the needs of material law – the real needs of the people of the real world.

Keywords

Procedure law. Protection. Principle. Methodology.

Introdução

A corrente tecnicista ou processualista merecem encômios por terem separado, definitivamente, o processo do direito material. Contudo, promoveram um elástico de propósitos, ao se desprenderem dos legados teóricos do direito privado graças à obsessão depuratória e de neutralidade que o Estado Liberal e a obsessão da separação dos poderes implicavam. Dessa linhagem de pensamento, graças ao absentismo científico, que não permitia a comunicação das fontes, o processo se transmutou em um sistema operativa e

¹ Especialista em ciencias criminais e direitos fundamentais e direito do consumidor. Mestre e doutorando em Direito pela UFRGS. Juiz de direito no RS.

cognitivamente fechado, daí se desgarrando da realidade social que o confere razão de existir.

O processo jamais pode desprezar o direito material, muito pelo contrário, dele está impregnado, a ele, o processo deve se adequar. Daí que tanto institucional como normativamente, vale dizer que reler as categorias do processo civil através da tutela desenvolvem uma dinamicidade outrora desprezada. As bases metodológicas são as seguintes: uma premissa institucional, que salienta o primado do dever de tutela dos direitos assumido pelo Estado brasileiro (o valor atribuído à satisfação dos direitos); e uma premissa dialética ou normativa, que salienta as figuras da teoria geral do direito aplicáveis ao processo civil – em especial, a conjugação dos fenômenos enquanto um valor de encontro no propósito de melhor entregar o bem da vida às pessoas.

1 O primado da tutela dos direitos

A hecatombe da grande guerra mundial² motivou os Estados nacionais a assumirem novas posturas institucionais (éticas, normativas, sociais, assim por diante) a partir da segunda metade do século XX. O que se denominou como uma evolução ou nova dimensão do

² Existe um momento na história no qual a doutrina é unânime ao constatar uma ruptura de paradigma. Oportunidade em que se abandonam os rígidos valores do liberalismo clássico e a legalidade ganha um reforço de substância, de maneira que uma norma somente é considerada válida se consentânea aos princípios constitucionais. Assim, a legalidade passa a ser compreendida como a juridicidade e deve atender à força normativa afirmada pelos direitos fundamentais. Ferrajóli assegura que essa renovação acontece de maneira emblemática no “momento seguinte à catástrofe da segunda guerra mundial e à derrota do nazifascismo. No ambiente cultural e político no qual nasce o moderno constitucionalismo – a Carta da ONU de 1945, a Declaração universal dos direitos de 1948, a constituição italiana de 1948, a lei fundamental da República federal alemã de 1949 –, compreende-se que o princípio da mera legalidade, se é suficiente para garantir contra os abusos da jurisdição e da administração, é insuficiente para garantir contra os abusos da legislação e contra as involuções antiliberais e totalitárias dos supremos órgãos de decisão. E se redescobre, por isso, o significado de ‘constituição’, como limite e vínculo aos poderes público”. Finalmente, a Constituição e a normatividade dos direitos fundamentais passam a principiar e a enfeixar o direito, norteando soluções e abrindo o sistema de maneira regulativa a uma operação de concreção dos direitos no plano da realidade social, que está em constante mutação evolutiva. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Direitos fundamentais. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori; Hermes Zaneti Júnior; Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 44.

constitucionalismo, de fato, pode ser compreendida enquanto uma forma de entender o próprio direito e de pautar formas de limitação do poder e o instrumentalizar com o foco na efetividade, agora em benefício da dignidade do ser humano, tendo o ser humano como o vértice de todas as demandas estatais.

O quadrante constitucional explicita uma verdadeira mutação funcional trabalhada, a partir de uma reforma estrutural, à medida que a abertura do sistema jurídico é possível quando se admitiram novas matérias-primas normativas que, apesar de mais elásticas, em significativa solução de complexidade acabaram por deslocar o foco da controlabilidade³ entre os poderes instituídos: ao invés de um esquema cravado pelo rigor formal das regras estritas e apoiado por uma metodologia silogística, onde se notava a prevalência da tarefa legislativa, hoje é atribuída força normativa aos princípios, aos critérios hermenêuticos, aos valores e aos postulados normativos aplicativos, tendo o direito assumido uma multifatorialidade.

Definitivamente, o direito como um todo – inclusive em termos de ordenamento – reclamou a presença de ferramentas que possibilitem um diálogo entre as fontes e a democratização dos escopos, enfim, reclamou a nota da multifuncionalidade, com a virtude de permitir a participação de todos os atores da entropia social para a articulação dos programas estatais, seja qual for a faceta do poder. Seja no legislativo, no

³ Em visão bastante atual, fazendo uma reconstrução dos remédios do constitucionalismo norte-americano, a doutrina contemporânea utiliza a denominação *substantive due process* como sendo “o princípio de garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades do Estado. Trata-se de disposição constitucional aberta (*open-ended constitutional provision*), que proíbe que se prejudiquem certos direitos, sobretudo os direitos fundamentais, a não ser por uma justificativa suficiente”. E salientando a multifuncionalidade do *substantive due process*, em ponto inerente à rotina da força normativa da Constituição brasileira, o autor assegura que o princípio do “devido processo substantivo não se confunde, do ponto de vista funcional, com os postulados da razoabilidade ou da proporcionalidade. É dotado de *funcionalidade própria e autônoma* em face dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Razoabilidade e proporcionalidade são cânones hermenêuticos ou postulados normativos aplicativos, que podem estruturar a interpretação e aplicação do princípio do devido processo substantivo, assim como de outras normas jurídicas, mormente constitucionais”. Ver MATTOS, Sérgio Luís Wetzell de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, respectivamente, p. 84 e 128.

administrativo ou no judicial.

Na época do liberalismo clássico do século XIX, desde que observado o processo legislativo para elaboração das leis, por uma questão de vigência, o legislativo praticamente tudo poderia. Tanto que seria possível o absurdo de colocar na lei que “não seria crime dizimar uma raça não ariana”, por exemplo. Diferente disso, felizmente, a segunda metade do século XX trouxe o sentimento que uma garantia formal de liberdade e de igualdade não bastava para assegurar a qualidade ou mesmo a vida das pessoas. Não bastava a questão de “vigência” para assegurar a aplicabilidade de uma regra. O direito é mais que isso, porque também carece dos valores e dos princípios que ilustram as instituições e os escopos de toda a sociedade.

Atualmente, é intuitivo que declarar uma liberdade ou uma igualdade formalmente sem, contudo, oferecer aos cidadãos os mecanismos reais para a sua outorga, consiste em uma demagógica proposta. As ações afirmativas soam notórias no atual quadrante constitucional. E quando se fala em valores, para além do dever ser (deontologia), é necessário contextualizar as influências do jurídico pela lente da cultura, com um aporte dos escopos que interpenetra por todo o sistema jurídico. Ou seja, imperioso fixar que os mais comezinhos a valores e princípios do sistema implicam, materialmente, uma perspectiva objetiva. Por sobre a velha máxima do direito abstrato e do direito concreto, o constitucionalismo do terceiro milênio reproduz o direito “mais-valia”, quando algumas questões jurídicas são impostas com prevalência sobre o próprio direito. Daí o primado dos direitos fundamentais como pedras de toque que apontam aos valores.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais supera o que seria a mera subjetivação deles, justamente, porque aponta às finalidades básicas da cultura que sustenta a dinâmica da Constituição. Uma perspectiva objetiva se direciona aos valores.

Nesses termos, Ingo Sarlet refere que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais significa uma “mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais, mais-valia esta que, por sua vez, pode ser aferida por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim denominada perspectiva objetiva da dignidade

da pessoa humana e dos direitos fundamentais e dentre as quais o reconhecimento de deveres de proteção (imperativos de tutela) assume um lugar de destaque, inclusive no que diz com sua repercussão na esfera jurídico-penal⁴.

O importante é sedimentar que os *direitos fundamentais afirmam valores* e, assim, passam a incidir sobre a totalidade do ordenamento jurídico, iluminando todas as tarefas do legislativo, do executivo e do judiciário⁵, peculiaridade que os qualifica de direitos ubiqüitários⁶. Disso se infere o caráter democrático e social do Estado brasileiro (e dos Estados nacionais articulados pelo constitucionalismo do pós-guerra), porque os poderes instituídos nesses e por esses Estados se reforça principiológica e valorativamente⁷. Vale dizer que as instituições estão vinculadas não somente à lei (como no liberalismo afrancesado), mas atendem a um esquema de “juridicidade” (bloco de normas que protegem os direitos), tanto quanto as próprias relações dos particulares entre si (eficácia horizontal e a eficácia vertical com repercussão lateral⁸).

A partir dessa percepção, intuitivo que o Estado constitucional consagra duas ordens de “juridicidade”: uma juridicidade no sentido formal, que trata da força normativa no sentido de vigência das normas (assim como fazia a velha legalidade clássica); e uma juridicidade

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008. p. 213.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 131.

⁶ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 147.

⁷ Assente que os valores se diferenciam dos princípios e das regras. Assim como as regras, os princípios atuam no plano deontológico, no plano do dever-ser, e possuem natureza mais aberta que em relação às regras; de outro lado, os valores ilustram todas as normas do sistema – sejam elas regras ou princípios – e, portanto, subjazem a todas as tarefas estatais e, sobremaneira, estruturam e legitimam as políticas e suas opções públicas, tanto as de ordem genéricas como as de natureza casuística. A atuação em um plano axiológico afirma o que é o “melhor” e consta acertado democraticamente na Constituição. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA* 215. p. 165.

⁸ Marinoni, *Técnica, op. cit.*, p. 181/7.

que remete o operador a uma faceta substancial das normas, porque além de vigentes, as normas devem respeitar o conteúdo principiológico e valorativo previsto na Constituição. Somente a duplicidade formal e substancial confere validade, força normativa e, enfim, efetividade, às diretrizes jurídicas dos tempos atuais.

Relembrado tal panorama constitucional, agora se torna evidente remeter o intérprete ao vértice do sistema jurídico brasileiro. Ora, a base valorativa e para a qual se implica a força normativa dos direitos fundamentais está cravada no primeiro artigo da Constituição⁹. Em especial, a “dignidade da pessoa humana” é o valor constitucional que merece primazia.

A dignidade da pessoa humana está colocada como vértice do sistema jurídico brasileiro, consiste no verdadeiro polo metodológico do que fora eleito como o “melhor” para a sociedade, sendo intuitivo que a partir dela o Estado tenha o dever de *proteção* dos cidadãos. A Constituição e o sistema normativo infraconstitucional não devem apenas oferecer eficácia de trincheira ou limitações negativas às manifestações do poder. O Estado deixou de ser um “inimigo” das pessoas, mas, sobretudo assumiu uma posição institucional complexa que se agita no sentido de proporcionar a todos, e de maneira efetiva, uma vida melhor, uma (sobre)vivência qualificada. Esse o verdadeiro sentido de sobrepôr os direitos fundamentais à legislação infraconstitucional e dizer que tais direitos refletem os valores fundantes do ordenamento.

A supremacia do direito no Estado constitucional¹⁰

⁹ O dispositivo estabelece: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

¹⁰ O Estado Constitucional não afirma um conceito pronto, mas recolhe um ponto de partida dos interesses comunitários para, como uma empresa em diuturna construção, elaborar uma estrutura de dois corações em direção às suas finalidades – o Estado Constitucional significa: o Estado de direito + o Estado democrático = busca das finalidades. Essa formatação é uma empresa em construção e vem se condensando em diversos momentos que concretizam um momento subsequente na relação jurídico-constitucional entre o político e o jurídico. Ou seja, o modelo acaba por elaborar a

remete os direitos fundamentais a uma posição de vantagem, porque representam o retrato normativo dos valores basilares do sistema. Se hoje dispomos de uma Constituição dirigente, é porque ela se abriu principiologicamente, de maneira a reunir diversas opções políticas e jurídicas em contínua dinamização, como se de alguma forma apaziguasse as normas submetidas a juízo ponderativo, quando elas forem conflitantes nos casos concretos (no processo, o exemplo corriqueiro da efetividade *versus* a segurança, que dialogam tanto em abstrato como em concreto). Trabalhar com essa dialética é pressuposto de qualquer ciência diretamente influenciada pela cultura.

No esquema do século XIX, o Estado era visualizado como o poder exclusivo para criar o direito-conceito, e a legalidade formal se estatuiu como um limite do poderio desse próprio genitor. Agora, a realidade é diversa, porque, além de não se permitir ao

“domesticação do domínio público pelo direito” que, na verdade, representa o “grau” de juridicidade atribuído ao controle da política. Se atualmente o Estado consiste em um esquema aceitável de racionalização institucional que organiza as sociedades modernas, o Estado Constitucional qualifica um modelo *plus*, como uma “tecnologia política de equilíbrio político-social”. Uma realidade engendrada pela teoria constitucional que, historicamente, perpassou três modelos basilares de supremacia do direito (ou “códigos de observação político-jurídico”):

a) *Rule of law*: modelo que privilegia o *due process of law* em detrimento da legalidade, apesar de, em alguns casos, admitir a codificação. Utilizado na tradição *common law*, ele se fundamenta na *judicial review* para conferir a soberania do direito ao panorama social.

b) *L'État legal*: modelo que utiliza a hierarquia piramidal do esquema Declaração, Constituição e lei para, desde uma perspectiva franco-liberal do final do século XVIII, privilegiar o princípio da legalidade em detrimento do devido processo legal. A França é o exemplo de “Estado Legal”, onde a supremacia do direito é ditada pelo parlamento.

c) *Rechtsstaat*: desde o início do século XIX, a assimetização do regime germânico estipula um modelo de supremacia constitucional do direito no qual houve a fixação de poderes para controlar os atos e as normas por um Tribunal Constitucional. É um mecanismo também denominado de “austriaco”, cujo império do direito é assegurado através de instrumentos de salvaguarda do próprio sistema.

O Estado Constitucional é um modelo superveniente a tais modelos tradicionais, representa um *plus* a essas variações, seja porque reúne juridicidade+participação, seja porque está em permanente transformação, sempre em busca das finalidades que reputa *ótimas*, pois se trata de um mecanismo funcional-estrutural do constitucionalismo contemporâneo e da filosofia do direito. Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 83/97.

direito um regresso autofágico a marcos que logrem direitos fundamentais (petrificação das garantias), o que pode ser compreendido como uma pedra estrutural de toque é o compromisso funcional desse mesmo Estado em proporcionar medidas para efetivar – ou medidas tendentes à satisfação – os compromissos sociais assumidos com a totalidade dos indivíduos, através da ponderação dos interesses em permanente diálogo. O direito e, vale dizer, o próprio Estado como realidade institucional¹¹, se tornaram mecanismos em diuturna mutação construtiva, uma empresa em construção.

Na verdade, eles são instrumentais à proteção da civilidade e devem reproduzir com variações abstratas (legisladas) ou concretas (atos administrativos e tutela jurisdicional) o diálogo permanente no qual se ponderam os interesses conflitantes. Característica que reserva à velha legalidade estática uma distante recordação histórica¹². Tudo isso está a compor a tutela, a proteção, em um sentido amplo.

Um novo paradigma normativo e a decorrente metodologia concretista explicam a racionalidade da superação de uma visão monocromática dos direitos. A Constituição e a legislação infraconstitucional não asseguram meras garantias ou direitos de defesa, contra um alçoz institucional. Bem ao contrário, assentada a abertura e a elasticidade do cenário normativo, ora reforçado pela necessidade contínua do diálogo entre as fontes, profícuas realidades que reclamam a democratização participativa da sociedade na formação das instituições e consequentemente do direito. Daí a multifuncionalidade dos direitos fundamentais – dentre os quais, o metadireito de proteção, o dever institucional de tutelar os direitos, e o próprio poder dos cidadãos

¹¹ A compreensão do direito como uma ordem normativa institucional e a feição do Estado enquanto ator e produto desse contexto é reflexo de uma postura jusfilosófica que apresenta não uma visão única das coisas, mas o confronto de diversas visões e dentre elas a eleição do concretamente melhor ou mais razoável. Ver MACCORMICK, Neil. *Prólogo: a teoria institucional e a perspectiva do legislador. Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 3.

¹² Mais detalhadamente em CASTRO, Cássio Benvenuti de. Decadência da potestade invalidante do ato administrativo. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF*, n. 105, abril/2010, p. 853 e ss.

propriamente ditos, para formularem mecanismos civis para a tutela das situações da vida. Isso é moeda concreta da efetivação da tutela.

Os direitos fundamentais se dividem em direitos de defesa (ações negativas do Estado) e direitos a prestações (ações positivas). O primeiro grupo veio consagrado pelo liberalismo, são as garantias; o segundo grupo constitui a grande característica de um Estado social e, consoante Alexy¹³, pode ser subdividido em três espécies: os direitos a prestações sociais (fáticas) ou direitos a prestações em sentido estrito; os direitos à proteção normativa; e os direitos a organização e ao procedimento.

Justificada a diretriz contemporânea da nova ordem constitucional, com o dever institucional de proteger ou de tutelar os direitos, bem como o reflexo qualificado desse dever, por intermédio da tutela jurisdicional dos direitos, merece atenção a nova ordem valorativa do Estado Constitucional, com o *primado da tutela dos direitos e da tutela jurisdicional*.

Aqui a premissa metodológica basilar: o direito não pode se resumir a uma relevisão abstrata. A sua concretização no plano das relações sociais é uma necessidade em diuturna expansão. Consiste um lugar-comum dizer que a força normativa da Constituição implica a efetivação dos direitos fundamentais. Agora, o que merece consideração dos operadores do direito é que sobrepaira, aos direitos fundamentais, não apenas aquilo que está positivado na Constituição, mas um dever explícito e implícito de tutelar os direitos como um todo. O valor dignidade da pessoa humana – vértice valorativo do sistema – aponta como um objetivo a ser seguido, sendo fácil constatar que a os direitos com suporte infraconstitucional¹⁴ também reclamam o máximo de proteção.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, tradução da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 202 e 442 e ss.

¹⁴ No caso da previsão infraconstitucional de um direito, o imperativo da tutela não é retirado do caráter formal de uma eventual colocação de um dispositivo na Constituição. A hipótese que pretendo salientar subentende o “dever geral de proteção”, que é sempre devido pelo Estado, justamente, para assegurar a civilidade esperada no trâmite social. Marinoni afirma que “o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não requer apenas a proteção dos direitos fundamentais, mas a tutela de quaisquer direitos”. Tratando-se da tutela

Um raciocínio lógico sobra evidenciado. A ordem jurídica tutela normativamente as situações que possibilitam uma convivência social pacífica. Vale dizer que a tutela dos direitos resulta garantida “desde fora”, em abstrato, por intermédio da previsão de normas de conduta. Apesar de, tanto no plano do direito não criminal como no plano do direito penal, as normas jurídicas serem formuladas em diferentes *graus de abertura*, em geral as normas se utilizam do esquema “se acontecer X, a consequência é Y”.

Alexy ressalta que “a escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens”¹⁵.

A tutela do direito material é prestação estatal escalonada em todos os níveis do poder institucional, seja pelo Legislativo, pela Administração, ou pelo Judiciário. Todavia, nem sempre a concretização de uma norma percorre todas essas esferas de poder, porque as consequências jurídicas estipuladas no preceito das normas podem ser atendidas espontaneamente pelos sujeitos de direito. Em outras palavras, a concretização da tutela prevista nas normas jurídicas pode ser prestada no nível da atendibilidade e exigibilidade pré-institucional, pelos atores do círculo social. É a hipótese em que os sujeitos laboram com a legislação e, civilizadamente, realiza os negócios do trâmite social.

Por exemplo, no direito civil, está regulamentado que o genitor deve alcançar alimentos ao filho menor de idade. Essa previsão aparece em norma cogente, sem espaços para negociação e, geralmente, é atendida espontaneamente pelos sujeitos, hipóteses em que o credor “pede” e o devedor “entrega” os alimentos ao filho mesmo que sem uma demanda judicial. O sistema jurídico subentende um mínimo de responsabilidade social das pessoas. No entanto, no caso de inadimplemento, o ordenamento faculta ao credor a possibilidade de exigir

de direitos não fundamentais, o único direito fundamental em jogo é o próprio direito à efetividade da tutela”. Em *Técnica, op. cit.*, p. 170.

¹⁵ Alexy, *Teoria, op. cit.*, p. 442. Vide Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 83.

a satisfação do seu crédito por intermédio do Judiciário, ocasião em que os alimentos são postulados em juízo por uma demanda. Diversas formas, modalidades e instrumentos são preordenados para efetivar a cobrança desse dever tutela (no sentido estrito) no plano das relações sociais – ou seja, a tutela normativa do direito, uma vez desatendida, enseja uma concretização pela tutela jurisdicional.

O atual quadrante constitucional organiza uma espécie de *continuum* de proteção, desde a previsão normativa e abstrata dos direitos, até que eles sejam efetivados no plano concreto. Assim, a colocação do problema da tutela dos direitos no plano constitucional e a positivação da inafastabilidade¹⁶ da jurisdição quando ocorre qualquer ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV da CRFB), evidencia que a cada direito previsto devem ser estabelecidos instrumentos que viabilizem o seu exercício no plano da realidade. Se a tutela do direito material é regulamentada no plano metafísico (porque abstrato-normativo, apesar de os direitos poderem e

¹⁶ A questão da sobreposição da tutela jurisdicional em relação à tutela do direito ratifica o dever institucional de assegurar uma convivência civilizada. Uma questão, inclusive, que pode ser alavancada pela dupla face da proporcionalidade. Luciano Feldens afirma que “na atualidade, tem-se como inequívoco que os direitos fundamentais, ao revés do que propugnado por um modelo liberal clássico, não tem sua eficácia restringida a um plano negativo, ou seja, de direitos de defesa ou de omissão do indivíduo frente ao Estado. Mais que isso, como valores objetivos que orientam por inteiro o ordenamento jurídico, reclamam dentro da lógica do Estado Social, prestações positivas no sentido de sua proteção”. O autor define a dupla instrumentação da proporcionalidade no direito penal (a ser refletido no plano dos direitos humanos e transnacionais): além de vedar uma excessiva voracidade punitiva, os mecanismos de tutela (proteção) também devem ombrear medidas eficazes para a proteção dos anseios dos ofendidos, e assim promoverem a manutenção do equilíbrio democrático da situação triangular Estado, perturbador da ordem jurídica e vítima. E arremata: “a doutrina e a jurisprudência tradicionais costumam conjugar a máxima da proporcionalidade à noção da proibição do excesso (*übermassverbot*). Sem embargo, a proibição do excesso revela-se apenas com *uma* de suas faces. O desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção) tem sugerido que a estrutura da proporcionalidade conta com variações que fazem dela decorrer, ao lado da proibição de excesso, a *proibição de infraproteção* ou de *proteção deficiente* (*untermassverbot*) a um direito inequivocamente reconhecido como fundamental”. Ver FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 98 e 108, respectivamente.

geralmente ser atendidos espontaneamente¹⁷), a respectiva efetivação da proteção ou tutela – também é possível a considerar “outra” forma de tutela – ocorre através da tutela jurisdicional.

A tutela jurisdicional é o resultado do processo, é o produto da imperatividade e da soberania do Estado-juiz, supondo a preordenação de meios eficientes para tanto. As crises de aplicabilidades das normas – quando as questões não são solucionadas pelos acordos entre as pessoas – devem ser submetidas à Jurisdição. A tutela jurisdicional é o *valor* que decorre do provimento jurisdicional e “as conseqüências desse valor no plano social, com a respectiva interferência no mundo fático: o jurídico que se realiza ou tende a se realizar não se manifesta apenas endoprocessualmente, mas, sobretudo, na esfera social, no mundo da vida. Por isso, quando se fala de tutela, a *forma* da realização é tão essencial e distintiva quanto a finalidade, mormente porque há entre ambas uma relação dialética, uma influenciando a outra”¹⁸.

A tutela do direito é algo que pode ser providenciado anteriormente à tutela jurisdicional, pelos próprios cidadãos. Em situações litigiosas (ou potencialmente litigiosas), a Jurisdição será invocada para prestar a tutela jurisdicional que, em última análise, devolve à vida das pessoas a tutela do direito, uma tutela por elas mesmas almejada. Existe uma relação circular que sempre deve desembocar a tutela dos direitos. A tutela jurisdicional é um somatório, um *plus* que permite a tutela do direito (com a ressalva das exceções do sistema).

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sintetiza que “a tutela normativa material (eficácia e efeitos de conteúdo *material*) – ressarcitória, restituitória, inibitória, de remoção do ilícito etc. – mostra-se, contudo, abstrata, prevista para o geral das espécies. Assim, a cada tutela material (ressarcitória, restituitória, de remoção do ilícito etc) deve

¹⁷ O cumprimento espontâneo do direito aparece no momento da pretensão e da atendibilidade. Uma vez que elas sejam frustradas, abre-se o lastro à executoriedade (ressalvadas as hipóteses de auto-executoriedade do ato administrativo e a questão da autotutela, excepcionais ao sistema). Ou seja, quando observada a rotina civilizada das movimentações sociais (contratos e respectivo adimplemento, por exemplo) ou mesmo do direito penal (quando a grande maioria atende à ordem de “não delinquir”), na verdade, existe o cumprimento espontâneo do direito.

¹⁸ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit., p. 73.

corresponder, no plano processual, de modo concreto, uma tutela jurisdicional adequada (eficácia e efeitos processuais ou jurisdicionais), regida pelas normas próprias deste plano (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva *lato sensu*)”¹⁹.

Disso decorre que o direito fundamental à efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CRFB) “é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”²⁰.

A tutela jurisdicional efetua a *ligação* ou uma *ponte*²¹ entre o direito material e o processual. Quando constitucionalizada, assumiu uma posição privilegiada e verticalizou as demais estruturas do processo, de maneira teleológica. Ou seja, a “ação” e o “processo” são modelados por um nexo de finalidade, cujo norte é a tutela jurisdicional.

A nova postura institucional orientada pelo constitucionalismo contemporâneo estabelece um regime de normas abertas com uma metodologia ponderativa e não meramente silogística. Para tanto, a interpretação das realidades jurídicas reclama uma visão funcional, no qual, para além dos escopos, prepondera o *background* valorativo previsto na Constituição. Os objetivos ou finalidades do sistema podem e devem variar ao talante das realidades e dos interesses sociais. O processo civil, ciência cultural por excelência, acompanha essa dinamicidade, de maneira que para a satisfação dos cada vez mais atribulados e momentâneos alvíres sociais, econômicos, científicos, e políticos, imprescindível emprestar ao processo uma racionalidade valorativa que transcenda a singela subsunção aritmética do direito material sobre os fatos.

¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 12.

²⁰ Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 143.

²¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática*, cit., p. 74.

O processo não consiste em simples ferramenta estéril. Ostenta escopos e se orienta com base em valores. Isso tudo reflete o colorido especial da tutela jurisdicional, que confere uma nova feição, uma versão qualificada, enfim, ao direito protegido e concretizado pela jurisdição. Contudo, apesar da importância formidável que a tutela jurisdicional assumiu para aproximar o processo ao direito material, jamais se poderia rejeitar a possibilidade desse *link* acontecer por outra forma, por uma forma que é inerente ao direito material e que, apenas eventualmente, está inserida no processo. A prova sensível de que uma sociedade é civilizada está no coeficiente de contendas que as pessoas, pré-institucionalmente, pré-Jurisdição, pode eliminar. Isso é fruto do acordo, das convenções, dos negócios, enfim, da conciliação. Nunca na história desse país se falou tanto em conciliação. Talvez por que o grau de civilidade do brasileiro tenha se avolumado.

Na *dialética* entre a tutela normativa do direito para com a tutela jurisdicional do direito (vide abaixo), intuitivo que, quanto mais espontaneamente é atendida a previsão abstrata da norma, de maneira imediata pelos protagonistas do plano da convivência social, menos litigioso o direito se torna. A autorregulação diminui a heterorregulação, é fácil depreender, porque toca à velha noção chiovendiana de “substitutividade” da Jurisdição. Consequentemente, as questões resolvidas pré-processualmente, em regra, dispensam a tutela jurisdicional. Isso é o que de comum acontece²².

De outro lado, existem questões que necessitam serem colocadas em juízo, situações que requerem a *processualização*. Aspectos políticos inerentes ao *princípio da segurança jurídica* e da própria efetividade supõem a escolha desses direitos que reclamam o processo. Basta imaginar, por exemplo, a separação ou o divórcio de um casal que tenha filhos menores (art. 1.124A do CPC). Contudo, não é pelo fato de o juiz *decretar* o divórcio ou a separação do casal com filhos menores que

²² Existem situações que obrigatoriamente devem ser submetidas à Jurisdição. Lembro o caso da tutela oferecida pelo direito penal, que necessariamente deve ser mediatizada pelo processo penal (ressalvados os casos de elisão da do crime no sentido amplo, como a transação no juizado especial); no processo civil, a dissolução do matrimônio pelo divórcio ou da sociedade conjugal pela separação, quando o casal possui filho menor ou incapaz, deve ser obrigatoriamente submetida à Jurisdição (art. 1.124A do CPC).

acarretará o desaparecimento dos efeitos da tutela do direito convencionalada pelas próprias partes. Observa que por *sobre* a tutela concreta do direito (o acordo ou negócio de separação ou divórcio), que é entabulada precipuamente pelas partes, é somada a tutela jurisdicional e seus efeitos institucionais pertinentes à autoridade estatal²³.

O diálogo das fontes e a dialética inerente à elasticidade normativa do Estado Constitucional permitem cotejar as variações episódicas da tutela do direito²⁴ para com a tutela jurisdicional do

²³ O ponto é importantíssimo e *possibilita duas interpretações*. Primeiro, que existe um efeito específico da tutela jurisdicional por sobre a transação das partes. De outro lado, que a “decretação” da separação ou do divórcio apenas repercute a força normativa da autonomia privada e, simplesmente, por ordem do juiz, produz efeitos de publicização do ato. Vale dizer que o “decreto” da separação ou do divórcio – para além de uma tutela jurisdicional propriamente dita – pode ser compreendida como um mecanismo análogo aos negócios sobre a propriedade de um imóvel: a escritura pública + o registro, no sentido que o registro perante o cartório de registros públicos apenas confere publicidade, produz os efeitos cujo conteúdo do negócio, de antemão, vem estipulado pela autonomia privada. A homologação pode ser interpretada como acontece no registro de imóveis, não sendo a homologação a “constituente ou a desconstituente” da relação jurídica. A homologação em si mesma encobre o ato para extinguir o contraditório e o processo. A ruptura é promovida pelas próprias partes. O efeito produzido pela homologação é para a finalidade de publicidade. Ora, não causa estranheza que a separação ou o divórcio do casal que não possui filhos menores possa ser efetuado diretamente no cartório extrajudicial. A questão é de publicidade. Todavia, no decorrer do texto, ambas as interpretações são exploradas.

²⁴ Em uma primeira leitura, pareceu que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira atribuíu à tutela “concreta” do direito, em qualquer situação, a necessidade da tutela jurisdicional (ressalvados os casos de autotutela, da composição do litígio fora do processo, ou quando o ordenamento estabelece efeitos imediatos à situação do direito material). Apenas uma perfunctória impressão. A inteireza da obra e a lógica do autor denotam que a tutela concreta do direito material pode ser alcançada no plano pré-processual, pelo menos, em linha de princípio. Ver *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit., p. 11, 83, 108, e 15 (respectivamente). Tanto que, em trabalho mais antigo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira é expresso ao dizer que, em geral, o “direito é satisfeito sem necessidade de intervenção do juiz”. O autor não modificou essa compreensão, agora em livro mais recente. Ver *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 58. Não chego ao extremo de Marinoni, para quem a tutela do direito consiste em uma “força normativa” e o processo é uma “técnica” (ver *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 141). A tutela é valor e, particularmente, exaspera o mero plano das normas. Todavia, concordamos que as

direito.

Uma e outra nem sempre são versões reciprocamente *antinômicas*: no caso do ato processualizado (acordo colocado no processo), em certa medida, ocorre de alguns efeitos da tutela jurisdicional se somarem aos efeitos da tutela do direito, sem que isso signifique uma simples solução de transparência e, muito pelo contrário, o encobrimento do ato precedente por um julgamento. Na verdade, como natural à multifuncionalidade e aos ambientes sincréticos da cultura, existe uma relação de preponderância.

A dificuldade que uma absoluta dicotomia do processo para com o direito material estabelece está em não permitir a conjugação de fatores da autonomia privada (autorregulação) com a heterorregulação (julgamento). Enquanto faceta institucional do Estado Constitucional, a leitura do processo civil não pode aparecer isolada, tanto externa como endoprocessualmente falando. As funções do processo devem trafegar em conjunto com as suas estruturas, sob pena dele se transformar em um bicho-de-sete-cabeças no qual cada cérebro procura utilizar um caminho diferente. O arquétipo acaba cindido.

O processo civil está aberto à solução de contendas em como um sistema “multiportas” – o resultado pode advir de acordos ou

situações da realidade podem ser tuteladas em concreto de maneira espontânea, diretamente reguladas, nos termos das normas de direito material, pelos sujeitos interessados. Em outras palavras, o direito material pode realizar a tutela dos direitos em um nível inicial, de acordo com a espontaneidade e a atendibilidade que facilita a vida das pessoas. Excepcionalmente, inclusive, como acontece no direito administrativo, o direito material possibilita a auto-exigibilidade e a auto-executoriedade do ato administrativo, sem que haja a necessidade da tutela jurisdicional (por exemplo, a interdição de um estabelecimento sem alvará ou a apreensão de objetos considerados nocivos à saúde da coletividade). Pensar o contrário chega a fomentar um raciocínio normativista, no sentido de que a tutela jurisdicional somente existe para fazer valer os próprios termos da norma do direito material: isso conduz o direito material a uma pseudorealidade e o processo a uma figura sem intensidade própria. Deixo claro que existem níveis de tutela, no plano do direito material (assim como no processo) – desde a proteção abstrato-normativa, a proteção com a incidência da norma, a proteção com a atendibilidade, a proteção com a exigibilidade, ao largo de uma programação que cumpra os misteres constitucionais (não vislumbro apenas uma tutela “abstrata”, porque entendo que o panorama democrático do Estado Constitucional efetue uma dinamização do direito em todas as suas acepções, vale dizer, do abstrato ao concreto no plano pré-processual).

de julgamentos.

Com tal finalidade, é necessário que a leitura do processo civil se abra aos multifatores normativos, mormente aos constitucionais, daí permitindo o melhor trânsito à tutela do direito. Desde o processo para o direito material e vice-versa, as instituições servem às pessoas, tudo tendo em vista os valores constitucionais, tudo com o vértice na efetiva proteção do cidadão: a tutela efetiva e segura, seja ela uma tutela jurisdicional ou uma tutela não jurisdicionalizada.

O Estado Constitucional deve ao indivíduo a tutela do direito. A tutela no sentido concreto é o objeto premente, a razão de existir das próprias instituições.

2 O diálogo entre as fontes ou a reflexividade na perspectiva da tutela do direito com a técnica processual

As normas jurídicas convivem de maneira solidária, no mundo da cultura. Frequentemente, acontece de duas ou mais normas serem aplicadas a um mesmo suporte de fato, sejam normas compatíveis ou normas confrontantes entre elas mesmas. Ocorrência ainda mais evidente no atual quadrante constitucional, permeado por normas de princípio e de regras de caráter genérico, que abarcam cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. A vagueza semântica é inversamente proporcional ao exercício mental que o operador desempenha para chegar a uma conclusão aceitável²⁵ e que satisfaça os direitos no plano da realidade sensível.

Os direitos a serem assegurados e as normas que os protegem se colocam em constante debate. Um debate que posiciona tais direitos e normas em situações de aparente confronto, motivo pelo qual utilizo a influência da “premissa dialética”²⁶ para demonstrar que o processo civil também trabalha com operações aparentemente incompatíveis, *desde fora* de seu próprio formalismo.

²⁵ Uma conclusão aceitável possui pretensão de correção e de universalidade. Ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010 p. 429 e ss.

²⁶ O direito como um todo e o processo, mais ainda, propõem soluções aproximativas do que é melhor ou mais correto para os casos apresentados. A profusão de informações no terceiro milênio demanda uma flexibilidade do operador para lidar com celeridade dos eventos, porque a verdade de hoje, amanhã, pode ser uma grande falsidade. Como diminuir os riscos de um julgamento falseável? Através do reforço da argumentação do discursivo e do provável, através da “dialética”, que coloca como vértice a ser atingido – embora contingente – a questão da verdade (apodítica). O panorama das normas com maior

Na verdade, somente é possível pensar em formalismo propriamente dito – a totalidade formal que organiza o processo – através de uma linha condutora que busca fundamentos na abertura normativa que a Constituição determina, o que é reforçado pela afirmação deontológica dos direitos fundamentais. A “dispensa da *metodologia* do contraditório e do processo”, por ocasião da convergência promovida por intermédio do ato processualizado, é resultado de um sopesamento de normas no ambiente principiológico estipulado na própria Constituição. Ou seja, a Constituição estabelece uma solução de “precedência condicionada” entre princípios, com força normativa evidente, o que não pode ser compreendido como uma blasfêmia pelo processualista.

Não duvido que alguns epígonos de Liebman e Buzaid me excomunguem do processo civil, porque o código de honra pacificado pelo *processualismo ou tecnicismo* é o de que o *processo pode tudo com o direito material, mas o direito material deve ser um cordeiro manso e servil ao processo*. Uma estrada de mão única que não se compadece à dialética constitucional do momento. Pior ainda, é observar que a referida estrada consiste em um equívoco não apenas no plano das normas, como também em termos filosóficos.

O modelo visual do *tecnicismo*, que ilustrou o CPC de 1973, reproduz um fechamento sistêmico que obriga o processo a olhar para dentro de si mesmo, e não lhe permite uma abertura cognitiva. Assim, o processo acaba operacionalmente fechado e cognitivamente fechado²⁷, vale dizer, chegou a um ponto em que inviabiliza a evolução do processo civil enquanto ciência.

A Constituição, os direitos fundamentais e o decorrente panorama normativo dos princípios abrem o raciocínio a um exercício ponderativo para a solução de incompatibilidades entre as normas, no sentido da possível coordenação operativa entre elas.

Com Riccardo Guastini, “a ponderação consiste em estabelecer entre os dois princípios em conflito numa hierarquia axiológica móvel. Uma hierarquia axiológica é uma relação de valor criada não pelo próprio Direito, como a hierarquia das fontes, mas pelo juiz constitucional mediante um juízo de valor comparativo, ou seja, um enunciado dotado de forma lógica”²⁸. A

vagueza semântica, os *open texture* da atualidade, rejeitam soluções absolutas. Ver PICARDI, Nicola. Do juízo ao processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 45 e seguintes.

²⁷ Ver LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 121 e ss.

²⁸ GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. Trad. Anderson V. Teixeira. In TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010, p. 55.

ponderação imputa uma hierarquia “axiológica” porque busca fundamentos no valor que, momentaneamente, é eleito como o principal ou o melhor para o caso em análise (é uma precedência condicionada ao valor). A ponderação assume uma carga “móvel”, à medida que a prevalência de um princípio pelo outro depende do caso concreto, pois um princípio pode ser aplicado em uma hipótese e, a depender de outras circunstâncias, ser preterido em outra hipótese.

A ponderação entre os princípios deve visualizar um valor que, no caso, é o *valor tutela dos direitos*, o dever de proteção em sentido amplo, que a Constituição deixa como evidente para a salvaguarda da própria dignidade da pessoa humana. Somados ao dever de proteção se encontram a justiça do caso concreto e a pacificação social.

Os princípios se organizam em direção a tais valores, que podem ser resumidos na nota tutela ou pela proteção dos direitos (carga axiológica que abarca a justiça e a pacificação). O reforço do diálogo das fontes é salientar o que significa, em essência, o dever de tutelar o direito, no plano da vida.

A doutrina que se refere à tutela jurisdicional, imediatamente, reclama a nota da “efetividade”²⁹, sem, contudo, precisar o que seria a “efetividade” e qual a posição jurídica desse aspecto no contexto do próprio cenário constitucional.

Óbvio que a “efetividade” reclama um processo de “resultado”, um contraponto à defesa ou à segurança. No entanto, um exame analítico permite o aprofundamento da ideia com a conclusão de que a tutela “efetiva” consiste na plena *aproximação entre o direito material e o processo*.

²⁹ A doutrina não distingue explicitamente se a efetividade é da tutela ou do processo. Na prática, chega a ser de somenos importância, à medida que entendo o valor tutela não apenas como o “resultado” do trabalho jurisdicional (corrente de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Tutela*, cit., p. 108), como também o meio que constitucionalmente garante um processo justo. Entretanto, ressalto que nem tudo o que ocorre no processo é “tutela”, porque sobram espaços para a técnica; agora, o que a Constituição imortaliza como desdobramento do devido processo “justo” consiste na tutela. Feita a ressalva, no ponto, consigno que a “efetividade” da tutela (ou, como parte da doutrina, a efetividade do processo) é compreendida como um mero debate entre a “celeridade e a segurança” (ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49 e ss.) o que, de fato, acontece no locus do formalismo. Contudo, não é o que apenas acontece. A tutela jurisdicional efetiva é mais que isso, ela coordena outros princípios para o atingimento de outras finalidades que não somente a celeridade. Essa a razão que fundamenta um exame analítico da “efetividade”, inclusive, para salientar como o processo se aproxima do direito material e, em última análise, se essa aproximação é necessária quando se tem o ato processualizado.

O processo enquanto uma “coisa privada das partes” vigorou durante o processo comum (na idade média), antes da formação dos Estados nacionais³⁰.

A assimetriação do processo, com o estabelecimento de uma relação vertical entre Estado-indivíduo – mormente a partir do processo prussiano (em 1.793) – se consolidou com a formação do Estado nacional moderno, ocasião em que o Estado se apropriou do direito e do processo, ou melhor, o Estado assumiu o poder então fragmentado territorialmente nos feudos.

A matriz histórico-cultural ainda deixa rastros, porque, temendo um retrocesso ao processo como “coisa privada das partes”, um fleumático positivismo diria que o processo é indisponível e jamais deveria ser cogitada a possibilidade de um negócio jurídico extinguir o contraditório, fulminar a possibilidade do julgamento e, enfim, acabar com o processo ou tocar o seu objeto. Um raciocínio a defender que o processo é o braço forte das instituições em movimento, portanto, o processo é indisponível. Respeitosamente, levado ao extremo, talvez esse mecanismo seja uma ideologia cujo endereço esteja na origem de estatalização do processo, quando localizada que a sua burocratização – a assimetriação do *ordo* – aconteceu com uma mesma tendência, seja no processo civil, seja no processo penal³¹.

A dialética entre as fontes remete a uma aproximação entre direito e processo, uma relativização do dualismo entre os planos. Assim como também postula a aproximação entre alguns institutos do processo civil e do processo penal, com força na teoria geral do processo. Todavia, penso que o nexos desse encontro metadisciplinar deve ser norteado pelo valor tutela dos direitos, e não por aspectos meramente burocráticos, que seriam mais orgânicos e estruturais que, propriamente, funcionais.

³⁰ Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51; MITTIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74; PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 59; TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. *Dottrine del processo civile*: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 11.

³¹ ; TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. *Dottrine del processo civile*: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 13.

O grande mistério do encontro está na finalidade.

Em outras palavras, utilizar analogias do processo penal para com o processo civil é válido, quando o nexo teleológico entre eles afirma esse sentido, e não porque a história da assimetização dos modelos desses processos os colocou em posição de similitude. Qual a importância disso para a “efetividade” da tutela jurisdicional?

A “efetividade” requer uma compreensão de sua dinamicidade, na perspectiva que lhe é funcional. Assim, pensar na “efetividade” com um endereço na burocratização do processo civil e do processo criminal acaba transformando em estático o que deveria ser dinâmico. A *coincidência* na ordem histórica da assimetização do processo civil e do processo penal pode ter sido a responsável por uma inconsciente estratificação da “efetividade” enquanto moeda de troca de um esquema de punir-não punir. E uma utilização da “efetividade” enquanto retórica, talvez, obscureça o seu dever precípua de providenciar uma real aproximação entre processo e direito material. A importância da temática está em saber a origem do argumento da “efetividade” a fim de possibilitar uma programação para onde o direito se dirige com essa ferramenta.

A culpa não está no direito criminal, mas, sim, no lapso de trazer para o processo civil argumentos que são utilizados na dicotomia formulada por aquele esquema³². A tutela jurisdicional oferecida pelo processo penal raciocina em uma formulação binária: julgada procedente ou improcedente a demanda, haverá a condenação ou a absolvição.

³² Não confundo os desdobramentos da multifuncionalidade dos direitos fundamentais. O intuito do trecho é traçar um perfil metadisciplinar entre processo penal e processo civil, para admirar que a tutela jurisdicional promovida por cada qual possui diferentes níveis de complexidade, na função que é desdobrada desde a noção da estrita tipicidade até uma maior plasticidade do direito não criminal. O raciocínio não é meramente acadêmico, possui alvitre prático e, justamente, busca fundamentos na possibilidade de resgatar uma teoria geral do processo.

Desgraçadamente, na atual realidade prática, o processo penal despreza a tutela pelo mandamento³³ e pela constituição³⁴. Na verdade, em termos de processo penal, quando o juiz utiliza a terminologia “absolver” ou “condenar”³⁵, ele está meramente “declarando” ou “não declarando” a juridicização da norma do direito material, que, por sua vez, é a forma de tutela prevista pelo direito material. No âmbito do direito criminal, é discutível um “dualismo” em termos pragmáticos. Nesse campo, inclusive, poderia ser melhor explorada a questão do “monismo”³⁶. No atual quadrante, o processo penal pode

³³ Ganha relevo a defesa da corrente que, em pleno do direito penal, estabelece pelas normas uma série de ordens e proibições, ao invés de meras sanções. Vide a legislação de drogas (Lei 11.343/06) e a referente à violência doméstica (Lei 11.340/06), bem como a própria reforma do CPP (Lei 12.403/11). Não raro, o juiz criminal determina medidas denominadas “cautelares” ou “restritivas”, que significam, na prática, a mandamentos. O dever de proteção insculpido na Constituição traduziu à legislação a sua imposição: não importa de qual juiz, de qual natureza da jurisdição, eventualmente advenha uma ordem, mas interessa que o resultado prático do processo encontre a tutela efetiva do direito protegido pelo arcabouço normativo.

³⁴ Certamente seria defensável que o “cálculo da pena” ou a “combinação de leis penais” seria uma figura de caráter constitutivo. Todavia, a graduação das penas em patamares diferenciados responde a uma reclamação dos *graus* de culpabilidade, previstos de antemão na normativa penal (não no processo); e o juízo combinatório trabalha com realidades jurídicas antes regulamentadas, fruto da previsibilidade rígida do direito penal. Evidente que não postulo uma posição meramente “declaratória” da jurisdição – no paradigma constitucional, a metodologia programada pela Constituição é notória: o juiz reconstrói a ordem jurídica quando estabelece institucionalmente a tutela jurisdicional. O sentido constitucional é muito maior que uma mera declaração, apesar de que o “espaço de jogo” em direito penal é deveras mais estrito que na matéria não criminal.

³⁵ A utilização da terminologia “condenar” é resultado do reproche, do juízo negativo que se efetua sobre culpabilidade do objeto de observação, o autor do fato. Na verdade, o juiz declara a incidência da norma, julgando procedente a pretensão, após verificar de maneira reprovatória uma conduta. O sentido da condenação advém da ressalva ética de antemão negativada a algumas condutas reputadas indevidas, então, pelo direito penal. Isso é interessante porque, do direito criminal se divulgou uma confusão para o processo civil: a categoria tutela condenatória nada tem com a segurança ou com a efetividade da jurisdição, mas, sobretudo, com o caráter ético do provimento – a condenação nada mais representa que uma declaração com carga ética.

³⁶ O processo penal brasileiro é um latifúndio improdutivo. Parece que ninguém ousa a tomar conta, está abandonado e com várias crises de identidade. Não sabe para onde vai, não possui uma estrutura formalista que contraponha a proporcionalidade com uma razoabilidade prática e tudo que se fala é “garantismo” ou eficácia de trincheira, como se o Estado continuasse a ser o velho inimigo do século XIX. De um lado, a sociedade e a mídia

ser compreendido como mera “técnica”, porque a tutela jurisdicional acaba emprestando aplicação à vigência do direito material. Não existe espaço para a aplicação de sanções penais extraprocessualmente, daí se concluindo que a tutela jurisdicional condenatória, em processo penal, é *condição de possibilidade* da própria tutela do direito material, prevista em abstrato.

Nesse modelo, a tutela jurisdicional não possui uma energia particular, apenas consolida o que de antemão é tipificado pelo direito material. Evidentemente que isso ocorre para a punição dos sujeitos (se obedecida³⁷ a norma, é desnecessário o processo). A tutela do direito material penal dispensa o processo penal nas hipóteses de atendimento das normas, vale dizer, na expressão não punitiva das normas do direito penal (por exemplo, quando “não” é praticado o homicídio, quando “não” é praticada a direção após a ingestão de álcool, dentre outros). Isso é resultado da tipicidade no coeficiente máximo da ciência jurídica.

A tutela dos direitos sancionatórios pelo direito criminal, em sentido amplo, não pode se realizar no plano extrajurisdicional, o que resulta na seguinte peculiaridade: em processo penal, é imprestável a categoria do “interesse de agir” no sentido de necessidade do processo, pois o processo penal é sempre necessário. E aqui a canhestra noção da “efetividade”, utilizada como se resolvesse todos os problemas da tutela, mas, cujo endereço genérico estava mesmo era no direito material. O que é “efetivo”, ou não, é o direito penal, e não toca ao processo penal.

A terminologia “efetividade” é precipuamente utilizada para decompor uma das facetas da proporcionalidade em termos de prever sanções e imputar como delitivas as condutas, ou não o fazer. A proporcionalidade é um postulado aplicativo normativo que organiza a lei de colisão entre os direitos fundamentais em confronto, sopesando questões como, na hipótese em tela, proteger ou não proteger uma posição jurídica com a edição de uma norma penal? Tutelar um direito ou não tutelar um direito por intermédio de uma norma? Um conflito entre princípios que coloca a “efetividade” enquanto uma postura

pedem “justiça”, os casos de júri se transformam e novelinhas de noticiários; de outro lado, na prática, qualquer argumento é mais político que jurídico para transformar em “nulidade” tudo o que se contraponha aos interesses corporativos do momento. Um se salve quem puder do risco da demanda, o que se dirá do resultado da demanda.

³⁷ Por exemplo, é proibido “matar alguém”. Se o sujeito *não* matar alguém, a norma não incide e, certamente, dispensado o processo penal. Apenas quando contrariada a proibição contida na *norma* (não matar outrem) é que se faz presente o processo penal, instrumentalizando a incidência da regra.

protecionista dos direitos já no âmbito do direito criminal, onde os valores a serem protegidos são de extrema importância.

Assim, a “efetividade” assume uma postura de atitude estatal “para frente”, de um compromisso de “resultado”, através da instrumentalização positiva³⁸ da proporcionalidade. “Efetivar”, em direito criminal, é um dever de imputação através de normas proibitivas de determinadas condutas. No direito penal, a proporcionalidade coloca em debate dois princípios para dizer se deve, ou não, prever uma norma incriminadora: o princípio da vedação do excesso, que é praticamente a bandeira sufragada no Brasil por uma escola que se desvirtuou ao se autodenominar “garantista”; e a vedação da proteção indeficiente, que expressa o dever de proteção, enfim, a “efetividade”.

A vedação da proteção indeficiente significa a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, é o dever institucional de “efetivar” uma proteção em si mesma, bem como “efetivar” os mecanismos ou instrumentos de proteção dos direitos dos indivíduos. Logo, a velha dicotomia, tão presente no esquema do liberalismo e, também, na rotina do direito criminal, merece uma adequação, apesar da similar origem em termos de tutela no sentido amplo. Por ocasião de utilizar mecanismo de tutela mais sofisticado que o do processo penal, ou seja, porque se vale de uma dinâmica para além do jogo binário do condena-absolve, impossível dizer que o processo civil cuida de conflitos como a efetividade *versus* o garantismo, a previsão de punição *versus* o limite ao poder do estado. Genericamente, seria até possível dizer que a efetividade abarca todos os movimentos de resultado do processo civil, no sentido de retirar da inércia a “falta de proteção” dos sujeitos, o que é devido pelo Estado. Inclusive, a tendência burocratizadora que aproximou o processo penal e o processo civil, desde a reforma prussiana do século XVIII, talvez resulte nessa açodada apreensão.

Todavia, como tenho reforçado inúmeras vezes, a diferença entre os esquemas de imputação no direito é “de grau” e, no caso, de *qualidade* também. Na virtude das diferentes escalas, dos diferentes “graus” e axiologias de proteção que os direitos reclamam, devem ser preordenados os diversos mecanismos de tutela ou proteção. Realidade que se deduz das diferentes finalidades, qualidades de indisponíveis dos bens jurídicos protegidos, sujeitos litigantes, ou circunstâncias específicas de cada contexto, seja um contexto do direito criminal, seja um contexto do processo civil.

³⁸ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 73 e ss.

Falar em “efetividade” como uma categoria genérica consiste em colocar um rascunho da tipicidade do direito criminal³⁹ para dentro do embate normativo do processo civil. É como dizer que todas as posições jurídicas colocadas em um processo, para o avante, devem ser “efetivas”. Essa maneira de visualizar pode e explica muita coisa, principalmente *dentro do formalismo* do processo civil, na tomada do processo justo e da retirada do esqueleto de inércia do devido processo legal de outrora. Inclusive, o discurso da “efetividade” genérica ganha adeptos porque se reporta à expressividade deontológica do art. 5º, XXXV, da CRFB.

Contudo, “efetividade” como um resultado totalizante não esmiúça a essência da “ponte” que a tutela jurisdicional efetua entre o processo e o direito material, não trata da “efetividade” *desde fora* do processo – e, portanto, não resolve a questão do ato processualizado, porque jamais conseguiria imaginar o diálogo entre autonomia privada e a heterocomposição jurisdicional do litígio, a decisão.

A importância do tema requer uma síntese: na prática, o direito criminal promove uma espécie de monismo. Daí se justificar, em certa medida, o esquema do “efetivo” ou “não efetivo”, que o regime de assimetria que, na mesma época, trouxe para ambos os *ordos* – o processo penal e o processo civil. Apesar da origem analogamente burocratizada, a tutela jurisdicional proporcionada pelo processo civil reclama outros requintes, o que permite uma pormenorização analítica. A realização dos direitos no plano da Jurisdição *não* criminal subendente a acessibilidade, o desenvolvimento de um processo justo, e o resultado que assegura uma tutela jurisdicional “efetiva” em termos mais estritos. É verdade que tudo pode ser resumido na “efetividade” da proteção dos direitos, mas, como o interesse do presente estudo é a conexão ou ponte entre o direito material e o processo, vale experimentar um aprofundamento do que significa a tutela jurisdicional “efetiva” enquanto resposta da Jurisdição, que pode ser dividida em três tonalidades: (a) a tutela jurisdicional deve ser tempestiva, (b) adequada e (c) específica.

A *tempestividade* da tutela jurisdicional pondera o fator do tempo no transcurso do processo, à medida que ele deve observar uma duração razoável e sem dilações destemperadas. O formalismo do processo preordena um procedimento com a previsão de preclusões e de impulsos oficiais, dessa maneira impondo uma marcha para frente, e com o respeito aos prazos e às necessidades do direito material em debate. A preservação da durabilidade razoável encarrega o Judiciário de entregar provimentos de urgência, seja de natureza cautelar ou

³⁹ Pela nota do “direito criminal” considero a reunião do direito penal e do processo penal.

antecipatória, como também providenciar mecanismos para a prevenção ou remoção de situações limítrofes ao dano, antecipando-se para evitar a ocorrência do dano. No campo da tempestividade adentra o aspecto da “eficiência” dos meios⁴⁰ processuais, que é o manejo da *técnica* propriamente dita: por não ser possível uma completa previsão dos riscos do processo, o tempo reclama uma solução de “meios” para um melhor resultado (fim), com o mínimo de esforço e o máximo de aproveitamento dos atos no processo. A Jurisdição não resolve todos os problemas do direito material, mas se compromete a chegar a soluções com pretensão de correção e com uma margem aceitável de risco.

A tutela jurisdicional *adequada* organiza o formalismo do processo de acordo com a finalidade a ser atingida, de maneira a sopesar internamente os princípios da efetividade (ou efetividade no sentido estrito) e da segurança jurídica. Quanto maior a efetividade, menor a segurança⁴¹, e vice-versa, uma dialética regulamentada pelo postulado da proporcionalidade endoprocessual. A efetividade no sentido do formalismo interno propõe a solução de compromisso para com as posições ativas, que jogam o processo avante, enquanto de outro lado, ela também considera a força da segurança jurídica, que resiste àqueles imperativos. Assim, a adequação enquanto contrabalanço entre a efetividade e a segurança jurídica para, retrospectivamente, proporcionar um processo justo. A adequação⁴² ainda implica outra força normativa, porque estipula uma moldura interna do formalismo para atender às necessidades do direito material, o que acontece por intermédio de procedimentos diferenciados que se utilizam das técnicas de sumarização orientadas na melhor satisfação dos casos concretos em análise.

A tutela jurisdicional deve ser *específica*. Nesse vetor reside o ponto de estrangulamento máximo entre processo e direito material. A especificidade se fundamenta na “teoria dos três *is*” – identidade, integridade, e integralidade da tutela jurisdicional para com o direito material. A identidade significa que a tutela jurisdicional deve ser a mais similar possível àquilo que seria proporcionado pela normatividade do direito material. A integridade supõe que a

⁴⁰ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal* (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 36.

⁴¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática*, cit., p. 125.

⁴² O processo está impregnado do direito material. Ou seja, sempre o nexó teleológico será para satisfazer o direito no plano das relações material. Todavia, alguns aspectos da tutela genericamente chamada “efetiva” tocam ao direito material no desdobramento do processo, como a adequação, e outros tocam ao direito material em linha de chegada, como a especificidade. Um resultado de gênero pode ser sintetizado na efetividade, mas o cenário analítico permite separar o fio condutor ao ponto vertical que realiza o verdadeiro nó górdio entre o processo e o direito.

Jurisdição deve entregar uma tutela com nada menos que o direito material teria proporcionado ao sujeito. E a integralidade da tutela jurisdicional determina que seja entregue tudo o que seria previsto pelo direito material. Com a energia qualificada pela nota da imperatividade do Estado-juiz, a tutela jurisdicional efetua o *link* entre processo e direito material.

Notável como as coisas fazem sentido. O processo penal é praticamente um envolto transparente, quando considerado a partir de um critério que leva em conta a energia própria da tutela jurisdicional por ele oferecida. O esquema condena-absolve da tutela por ele prometida é de caráter mais ético que jurídico, pois uma condenação consiste em um juízo de reproche que retrocede a sua força normativa à questão da culpabilidade⁴³ do sujeito. Ou seja, o processo penal declara a aplicação do tipo ou declara a não aplicação da norma ao caso concreto.

O que sobra ao processo penal?

A técnica. Por isso que o discurso do “garantismo” tem estratificado toda a sua extensão de formalismo. Em virtude de o processo penal restar como um esqueleto para viabilizar o direito penal, a operação jurídica se esqueceu que para além da técnica um formalismo se verticaliza com o norte na tutela, e acabou transformando o processo penal em um moribundo no qual a sorte (ou o risco) dos humores decreta uma nulidade ou conduz o processo até um desfecho condenatório⁴⁴. A tutela jurisdicional em processo penal serve

⁴³ Para a incidência da norma penal, óbvio que existe o cotejo do fato criminoso, na reunião da tipicidade + contrariedade ao direito (ilicitude). Agora, o juiz condena ou absolve a pessoa, e não a conduta antijurídica. O reproche da condenação abarca a ética da culpabilidade, razão pela qual a teoria da culpabilidade trabalha com a questão da própria carga do que é o “eticamente culpável” ao largo do desenlace cultural que sobreveio no tempo e nas sociedades. Ver CASTRO, Cássio Benvenuti de. Tridimensão jurídico-penal da culpabilidade. *Temas de ciências penais: na perspectiva neoconstitucional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 139 e ss.

⁴⁴ Existe solução para isso? A resposta está no próprio direito penal, com a utilização da proporcionalidade em sua dupla feição: vedação de excesso (garantia) no confronto com a vedação de proteção indeficiente (efetividade). Como é muito cômodo ao processo penal assistir ao direito penal fazer o que quiser, que ele também assista – para dentro de seu formalismo – à solução de resultados que o direito material pode proporcional. Isso é matéria para estudo próprio, porque o processo penal está no divã, ele não sabe de onde vem e nem para onde vai, não possui um formalismo compatível com um Estado Constitucional que se preze e, pior, todo mundo fica horrorizado na mídia e coloca a culpa nos feitores de leis, enquanto o utilitarismo deve ceder espaço a uma força normativa extraída da própria supremacia da Constituição. Credencial jurídica não falta, agora, a vontade política (dos operadores) talvez prefira pensar na copa do mundo.

praticamente para homologar uma sanção de antemão prevista pelo direito penal material, entregando o que o direito penal prevê como preceito da norma, com a nota oficial da reprovação. Uma linha mais tênue de separação entre os planos do direito e processo e, em contrapartida, uma “especificidade” decerto mais estrita. Porém, resume-se à especificidade, o que é muito pouco.

Em processo civil, de outro lado, a tutela jurisdicional confere uma energia qualificada ao objeto de análise, significativamente diferente daquela previsão normativa do plano do direito material. A tutela prometida pelo processo civil não “repara”, não “anula”, mas promove a “condenação” ou “desconstituição”, entre outras formas específicas de tutela jurisdicional. O nível de complexidade transformativo na passagem do plano normativo do direito material para o processo civil é mais intenso que o experimentado no direito criminal. Possível concluir que a “especificidade” da tutela jurisdicional penal é mais estrita que a “especificidade” da tutela jurisdicional promovida pelo processo civil. Por que esse fenômeno acontece? Na virtude da indisponibilidade dos interesses que se colocam no processo – no processo penal, em geral⁴⁵, um interesse indisponível; no processo civil, interesses que variam em *grau* de disponibilidade.

Para densificar a linha da observação, agora tratando somente do processo civil, pergunto o seguinte: se a tutela jurisdicional “efetiva” deve ser tempestiva, adequada, e específica, não existem algumas situações em que a esperada “especificidade”, de antemão, está colocada pelos sujeitos parciais?

Evidente que sim.

Justamente, é o caso do sistema multiportas, onde convenções ou acordos ajuntam, ao processo, o ato processualizado (art. 966, §4º do CPC), com a requintada função no processo civil, porque o ato processualizado instrumentaliza um outro movimento pendular, no sentido aparentemente contrário ao que acontece com a tutela jurisdicional.

Enquanto a tutela jurisdicional aproxima o processo do direito material, mas partindo de um contexto processual de *crise* do direito e, na volta, devolve ao direito material um conteúdo qualificado pela imperatividade estatal para satisfazer o interesse do sujeito no plano da realidade social, de outro lado, o ato processualizado – negócio jurídico + ato processual – parte diretamente do direito material e apenas *avisa* ao processo que a “crise” não possui mais razão

⁴⁵ Digo “em geral”, porque entendo possível a disponibilidade de questões no processo e no direito penal. É que a disponibilidade é antecipada para o nível da culpabilidade (a denecessidade concreta da pena) ou, se preferirem os exegetas de plantão, pelo menos para os limites da condição específica de procedibilidade escudada na representação criminal.

de existir. Na verdade, o ato processualizado *avisa* ao processo que o seu contraditório e a sua oficialidade estão dispensadas, pois o grau máximo da “especificidade” fora agendado pelos maiores interessados no objeto em análise: os sujeitos que outrora eram figuras parciais em um regime de colaboração para com o juiz, e que agora são contratantes, em um regime de colaboração recíproca entre eles mesmos.

A doutrina consolidou que a tutela jurisdicional é uma *ponte* entre o processo e o direito material. A *especificidade* é um desdobramento normativo que salienta a plasticidade do gênero “efetividade” dessa tutela. No ato processualizado, a *especificidade* consiste no próprio negócio jurídico formulado, ou seja, o ato processualizado aproxima direito e processo com uma vantagem de qualidade em relação à tutela jurisdicional, com um conteúdo modal qualificado. O ato processualizado – assim como a tutela jurisdicional – significa uma *ponte* ou um *link* entre o processo e o direito material, porém, o seu habitat natural é o direito material e ele toca o processo apenas por reflexo, ocasionalmente, por ubiquidade. Por abarcar negócio jurídico das partes mais o ato de processualização, o ato processualizado consiste em uma *quintessência*. Com uma penada, soluciona a crise do direito material e transpassa essa informação ao processo.

A lógica do sistema brilha aos olhos. Quando os efeitos jurídicos de uma norma são aceitos pelos sujeitos pactuantes, que se vinculam espontaneamente à norma, possível dizer que a ligação entre eles é efetuada pela força da *autonomia privada*, por intermédio do negócio jurídico do direito material. É o caso do ato processualizado, um negócio colocado no processo. Em contrapartida, na ocasião em que determinado efeito jurídico de uma norma não é aceito por um dos sujeitos de determinada relação, e uma das partes faz questão de imputar tal efeito à esfera jurídica alheia, a incidência da norma contra a vontade do renitente somente é possível com a força da tutela jurisdicional. A decisão e a tutela jurisdicional funcionam como uma “sub-rogação”⁴⁶ da espontânea vontade comutativa das partes que trouxeram para os seus patrimônios jurídicos os efeitos previstos pela norma aplicável. Daí referir que a tutela jurisdicional é um fenômeno de heteronomia, quando os efeitos da norma são impostos ao patrimônio jurídico afetado, ao contrário do negócio jurídico, que consiste em um fenômeno de autonomia (porque os sujeitos chamam por vontade própria os efeitos da norma).

⁴⁶ Paula Costa e Silva, *cit.*, p. 212. Com propriedade, a autora comenta que os sujeitos podem se autovincular a um esquema de normas. Quando um dos sujeitos resiste aos efeitos da norma e o outro se sente prejudicado, a vinculação ao padrão normativo ocorre de maneira sub-rogatória, é uma heterovinculação, porque o patrimônio jurídico será afetado mesmo a contragosto do resistente.

Possível concluir que, quanto maior a autonomia, menor a necessidade da tutela jurisdicional?

Não é bem assim.

Existem algumas situações em que, mesmo com um acordo de vontade das partes (em se tratando do ato processualizado, acordo no interior do processo), uma política judiciária não dispensa o efeito de publicização do negócio, que é operacionalizado por algum dos efeitos da tutela jurisdicional. Basta examinar o art. 1.124A do CPC, quando se falou sobre a “transparência” do ato de internalização, ao processo, do ato ou negócio jurídico das partes. A separação ou o divórcio do casal com filhos menores ou incapazes reclama uma publicidade, um formalismo maior. Uma saliência do princípio da segurança jurídica. Pensando mais além, também se pode inferir que a separação ou o divórcio, enquanto negócios jurídicos extrajudiciais, também devem ser formalizados em cartório de registro, quando os sujeitos não possuem filhos. Isso é formalidade em nome do princípio da publicidade e da segurança jurídica.

Portanto, é apressado dizer que quanto maior a autonomia privada, menor seria a necessidade da tutela jurisdicional. A autonomia privada não se contrapõe à tutela jurisdicional. Ambos podem conviver no *locus* processual, sendo preservados alguns dos *efeitos* inerentes à tutela jurisdicional. Realidade que afasta o discurso de transformação do processo em “coisa privada das partes”. A institucionalidade continua presente, sempre, e inclusive aparece como uma “questão prévia” à extinção do processo. Decerto que antes de o juiz homologar o acordo, ele observará a qualidade do objeto tratado (disponível ou não), a condição de paridade entre as partes (horizontalidade ou não) e o caráter social propriamente dito da questão colocada na jurisdição. A partir desse exame previamente condicionado pela sorte dos valores que sustentam o cenário, haverá ou não a homologação, que de qualquer maneira não tocará a essência do objeto negociado⁴⁷.

⁴⁷ O juiz não toca o objeto do negócio em si mesmo, porque algumas questões circunstanciais ele poderá referenciar. Por exemplo, os honorários advocatícios. É muito comum, em revisionais de contratos bancários, as partes aparecerem com um contrato sobre todos os termos da demanda. Fatores de macroinfluência podem ser lembrados para um acordo desse tipo (desde a vara em que o processo fora distribuído, o tipo de contrato inicialmente pactuado, o potencial econômico do consumidor para adimplir, etc). Escorado nesses fatores, o banco formula um acordo e atribui todo o peso dos honorários advocatícios ao consumidor, que, geralmente, goza da assistência jurídica gratuita. Certamente que os bancos são totalmente altruístas nessa estirpe de situação. No exemplo, o juiz costuma realinhar os honorários a uma plausível equidade (pelo menos 50% para cada parte).

A autonomia privada que povoa normativamente a essência do negócio jurídico processualizado não pouca a tutela jurisdicional, mas diminui o *coeficiente do contraditório* utilizado pelas próprias partes. Com efeito, contraditório em um sentido dinâmico ou concretista pode ser disponibilizado pelas partes, porque não se trata de um instrumento de luta constante entre as partes, porém, ele consiste em uma metodologia⁴⁸ por intermédio da qual ambas as partes colaboram – cada qual de acordo com seu interesse – para que o juiz chegue a uma conclusão aceitável.

Um pensamento quase subsuntivo reúne essa conclusão. Para que serve um conjunto processual que reúne fase postulatória, fase de saneamento e de instrução, e fase decisória e recursal, com o desfecho pela tutela jurisdicional que atingirá a tutela do direito, se o negócio jurídico das partes, de plano, promove a tutela do direito? Seria um compromisso de *circularidade* sem uma melhor lógica. Um negócio jurídico abarca os interesses das partes, assim dispensa a metodologia do contraditório para um debate, e diminuir ao mínimo a margem do objeto a ser decidido, o que resulta na desnecessidade mesma de um julgamento e da coisa julgada.

O processo como um procedimento em contraditório subendente um esquema de organização paritário entre os sujeitos parciais. De maneira horizontal entre si e vertical perante a figura do juiz, tais sujeitos oferecem argumentos e contra-argumentos para que o juiz chegue a um melhor julgamento possível, a uma decisão aproximada da verdade ou da correção. Na condução do processo, o juiz assegura um regime de paridade entre os debatedores. Os contendores, por sua vez, através da metodologia do contraditório, cada qual visando comprovar a respectiva prevalência de razão, municiam o juiz para que ele julgue as pretensões. Daí se falar em ambiente colaborativo entre os sujeitos parciais para com o Estado-juiz, e não colaboração dos sujeitos parciais entre si⁴⁹.

O ambiente colaborativo no sentido vertical, que permeia a posição jurídica de cada sujeito parcial para com o julgador, sofre uma rotação estrutural quando os outrora litigantes dispensam a assimetriação do *ordo*. Vale dizer: quando a colaboração deixa de ser entre o sujeito parcial para com o julgador e se horizontaliza, de maneira a configurar uma recíproca colaboração entre os sujeitos parciais, acaba a função do contraditório como uma metodologia

⁴⁸ Nicola Picardi, *Manuale*, cit., p. 233.

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

que proporciona a investigação da verdade ao julgador⁵⁰. O negócio jurídico formulado entre os sujeitos parciais recolhe a necessidade do contraditório, ganhando força normativa a autonomia privada das partes, com previsão constitucional.

Com Nicola Picardi: “Não se pode negar que o contraditório não representa uma necessidade ‘imane[n]te’ ao processo, porque não diz respeito diretamente ao momento fundamental do juízo. A sua função se exaure no garantir às partes a ‘paridade de armas’ através de uma contraposição mecânica de teses e assim, em última análise, em um instrumento de luta”⁵¹. O autor explica que o momento fundamental do juízo é o julgamento para, a seguir, resumir que “o contraditório não constitui tanto um instrumento de luta entre as partes quanto, mais do que tudo, um instrumento de operação do juiz”⁵².

A velha referência que o contraditório pode ser direto (em geral), diferido (na hipótese de uma limitar) ou eventual (caso da execução ou cumprimento de sentença) trabalha com um contraditório estático, o esqueleto formal de contraditório, sua previsão abstrata. O contraditório possui uma vinculação estrutural com o processo, o que não o afasta de uma vinculação funcional e prevalente para com a tutela do direito. Em outras palavras: se o contraditório é algo obrigatório à tutela jurisdicional promovida pelo processo justo, o contraditório não é obrigatório à tutela do direito por via alternativa ao processo (e mesmo que exista algum efeito de tutela jurisdicional a encobrir o negócio jurídico, art. 1.124A do CPC).

O contraditório significa um aparato para a investigação da verdade provável, ou seja, para oferecer um ótimo ou um mais convincente

⁵⁰ O formalismo se organiza para um desfecho assimétrico, no qual a heterocomposição do litígio vincula obrigatoriamente as partes. A cada posição jurídica manifestada pelas partes e pelos intervenientes, aparece o Estado, por intermédio do juiz, para organizar e distribuir os riscos do procedimento aos agentes em discussão. Inclusive quando eles realizam atos e negócios jurídicos nos termos do direito material, a internalização desses eventos ao processo é acertada pela necessária interlocução da jurisdição, que de alguma forma deve chancelar a matéria subjacente (através do ato processual típico e *invisível*). Toda essa estrutura deve ser relativizada pelo rasgo do contraditório no sentido dinâmico, porque ele se plastifica com a finalidade de atender os interesses dos sujeitos, com o norte voltado para a efetiva tutela dos direitos.

⁵¹ PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 142.

⁵² Idem, *ibidem*.

contexto para a decisão. Aliás, o juiz é um homem de carne e osso, e precisa que cada uma das partes colabore com o Estado-juiz para chegar a uma decisão. O contraditório em sentido dinâmico, isto é, o contraditório em movimento, mantém o processo com o equilíbrio possível para se chegar à tutela jurisdicional. É como andar de bicicleta: o movimento mantém o sujeito em equilíbrio dinâmico, se ele parar de pedalar, cairá para um dos lados. No processo, a colaboração das partes para com o julgador mantém um equilíbrio ao circuito, de maneira que seja alcançada a melhor solução para o caso. Contudo, se *desde fora* (ou desde o *direito material*) as partes acenam com um negócio jurídico que resolve o objeto do processo, não sobra nada a ser utilizado pela *metodologia di ricerca*⁵³ do contraditório, assim como é dispensada a necessidade do julgamento e da coisa julgada. O negócio jurídico entre as partes assume a feição de um ato jurídico perfeito e, portanto, goza da força de um direito fundamental (art. 5º, XXXVI da CRFB). A Constituição e o direito material tutelam a posição jurídica dos sujeitos parciais, e não será a normatividade do processo civil – com uma altíssima ou arbitrária obsessão pela assimetria burocrática – que impossibilitará a extinção do processo.

A força normativa dos direitos fundamentais ilumina todo o ordenamento jurídico. Mais ainda, reclama para que todas as disciplinas jurídicas devolvam essa energia à consolidação do sistema⁵⁴ constitucional, porque a Constituição é uma empresa programática em diuturna construção. Gustavo Zagrebelsky propõe uma dialética que resume o pluralismo das forças jurídicas e políticas em peculiar profusão no atual quadrante do Estado Constitucional: “Para darse cuenta de esta transformación, ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La <política

⁵³ Nicola Picardi, *Manuale*, p. 233.

⁵⁴ A própria noção de “sistema” é peculiar ao esquema do direito constitucional, que é decerto mais aberto. Com efeito, a Constituição trabalha o jurídico e também o político, abarca normas que coloca em nítido contato esses dois planos, logo, a abertura é sintomática. Friedrich Müller registra que “ao menos no direito constitucional, a ‘sistemática’ quase sempre não é um dado normativo único, mas uma suposição teoricamente antecipadora. Ademais, o legislador (constitucional) também pode normatizar ‘assistemáticamente’ ou ‘contrariamente ao sistema’. Por isso, em tais casos a decisão sobre contradições metódicas deve em última instância ser localizada na função limitadora do texto da norma interpretada, característica para o Estado de Direito”. MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 101.

constitucional> mediante la cual se persigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva”⁵⁵.

O ato processualizado é uma realidade.

A disposição ou a negociação que as partes efetuam sobre o objeto do litígio não chega a ser uma rotina, mas, sobretudo, é um aconselhamento e uma tendência alvitrada pelas próprias instituições (campanhas como a da semana nacional da conciliação, entre outras). Assim, formular condições absurdas ou de alguma forma obstaculizar o trânsito do negócio jurídico, do direito material, para o interior do processo, e com isso defender uma não extinção do processo, acaba por violentar tanto a Constituição como o direito material. A violência chega a ser institucional.

A autonomia privada produz o ato jurídico perfeito. A convergência entre os sujeitos parciais dispensa a metodologia do contraditório e o processo mesmo. Quanto maior a autonomia privada, menor a necessidade da heterocomposição. Em última análise, dificultar a extinção do processo por ocasião do advento do ato processualizado malogra uma compreensão sistêmica sobre a abertura cognitiva do processo. Quero dizer, pensar que jamais as partes poderiam dispor do contraditório efetivo, dispor do processo, e dispor do julgamento e da coisa julgada, conduz o processo civil à feição de uma ilha – fechada operativa e fechada cognitivamente.

Isso não retira o valor da tutela jurisdicional – pelo contrário, abre mais um valor para atender as necessidades das pessoas, em um sistema multiportas de proteção.

Conclusão

A tutela do direito confere proteção às necessidades do direito material e, por decorrência, reflete as diretrizes que a técnica processual deve atender para satisfazer tais necessidades. Daí já não se falar, simplesmente, no velho discurso de “adaptar” o processo ao direito – trata-se de um rompimento paradigmático muito mais profundo, porque direito e processo caminham juntos na função de dignificar a pessoa, através da ponderação da efetividade e da segurança jurídica, e para o alvitre de entregar a liberdade, a igualdade e a solidariedade compromissadas constitucionalmente.

⁵⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 14.

Para tanto, o sistema “multiportas” de tutela pode ser manuseado por intermédio de julgamento (tutela jurisdicional no sentido estrito) ou por meios autocompositivos equivalentes (ato jurídico perfeito). Tudo com o propósito de alavancar a pessoa como vértice de qualquer construção jurídica que passa a operar.

Não mais a “ação”, a “jurisdição” ou o “processo” consistem no núcleo do processo civil. O princípio reitor ou a mola impulsionadora de pensar o processo se denomina “tutela dos direitos” (no mais das vezes, angariada, no processo, pela tutela jurisdicional).

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, tradução da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2011. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA* 215.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CASTRO, Cássio Benvenuti de. Decadência da potestade invalidante do ato administrativo. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF*, n. 105, abril/2010.

_____. Tridimensão jurídico-penal da culpabilidade. *Temas de ciências penais: na perspectiva neoconstitucional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direitos fundamentais. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori; Hermes Zaneti Júnior; Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. Trad. Anderson V. Teixeira. In TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010.

- LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal* (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MATOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MACCORMICK, Neil. Prólogo: a teoria institucional e a perspectiva do legislador. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MATOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Do juízo ao processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdiPucrs, 2008.
- TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.