

DIREITO AO PROCESSO x DIREITO NO PROCESSO

Bruno Paixão de Brito (*)

1 – INTRODUÇÃO

O estágio atual de todo o conhecimento científico em direito considera-se predominante o entendimento de que não há sociedade sem direito e não há direito sem sociedade: “*ubi societas ibi jus, ubi jus ibi societas*”¹. A razão desta correlação entre sociedade e direito está na função ordenadora que o direito exerce na sociedade, isto é, função de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre seus membros.

Nesta composição de conflitos entre os membros de uma sociedade, caberá ao Estado moderno o exercício do seu poder para solucionar tais conflitos interindividuais. O poder estatal abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas, decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões.

Nesta função jurisdicional de dirimir os conflitos, o Estado institui o sistema processual, ditando normas a respeito – direito processual –, criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através deles o seu poder.

Hoje prevalece a idéia do Estado Social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, e isso serve, de uma lado, para por em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça.

2 – DO DIREITO PROCESSUAL

A partir daí, podemos destacar a importância fundamental do processo na

atividade jurisdicional do Estado, pois este é chamado a desempenhar a sua função em cooperação com as partes envolvidas no conflito, solucionar o conflito existente. Podemos dizer que o processo seria a soma das atividades em cooperação e a soma dos poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade.

Desta forma, o direito processual pode ser conceituado como “o complexo de normas que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado”².

Colocando a jurisdição em destaque, o Direito Processual é definido como a “disciplina da jurisdição e seu exercício pelas formas do processo legalmente instituídas e mediante participação dos interessados”³.

Dinamarco, Cintra e Grinover⁴ colocam que o “direito processual é, assim, do ponto de vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material⁵: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe suas próprias individualidades e distinguí-lo do direito material”.

2.1 – DIREITO AO PROCESSO – INSTRUMENTALIDADE

A partir daí, podemos destacar e interpretar o direito processual como instrumento, ou seja, o Direito ao Processo tendo o Estado como legislador ou realizador de atos de jurisdição, desempenhando uma função instrumental perante a ordem jurídica substancial, para que esta se imponha no caso concreto, visando a pacificação social.

A instrumentalidade do processo pode ser destacada em dois aspectos, um positivo, segundo o qual a instrumentalidade é destacada no sentido de alertar

¹ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, ob. cit., p. 19.

² Idem, *ibidem*, p. 40.

³ DINAMARCO. *A Instrumentalidade do Processo*, ob. cit., p. 384.

⁴ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, ob. cit., p. 40.

para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa; e outro negativo, segundo o qual o processo deve ser alertado e afastado da tradicional postura de que ele não é um fim em si mesmo e não deve ser guindado à condição de fonte geradora de direitos, ou seja, os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento.

Este aspecto positivo vem de uma tendência metodológica do direito processual civil da atualidade, que se dirige com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual podemos resumir na idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais⁶.

Nesta concepção da efetividade do processo, almeja-se a eliminação de insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito de modo efetivo, além de valer como meio de educação para o exercício e respeito dos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.

Quanto ao aspecto negativo da instrumentalidade do processo, podemos dizer que ele corresponde ao refluxo da escalada processualística que sucedeu às grandes descobertas dos processualistas na segunda metade do século passado. Tal aspecto é absorvido e seguido por alguns magistrados, ou defendida em teses por advogados, membros do MP, etc. Isto se dá em razão da não observância do Princípio da Instrumentalidade das Formas, segundo o qual as exigências formais do processo só merecem ser cumprida à risca no momento em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados, sob pena de invalidade dos atos. Vale dizer, como exemplo, que a aplicação das regras processuais não deve ser dada tão importância a ponto de ser condenado um inocente ou absolvido um culpado para a total observância da norma processual.

A preocupação excessiva com os temas processuais leva ao favorecimento dessas posturas inadequadas, com o esquecimento da condição instrumental do processo. Leva, inclusive, ao formalismo exagerado no modo de

⁵O direito material é conceituado como o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista, etc.) in *Teoria Geral do Processo*, ob. cit. p. 40.

⁶Dinamarco refere-se a todos os escopos do processo: social, político e jurídico. in *A Instrumentalidade do processo*, ob. cit., p. 330.

empregar a técnica processual, menosprezando a advertência de que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos de cada fase, ou momento processual.

Muitas vezes o princípio da instrumentalidade das formas não é seguido no processo e grande injustiças e danos irreparáveis são acometidos às partes, os direitos fundamentais não são observados e, por fim, a paz social pode sair do controle do Estado. Dinamarco⁷ afirma que se deve evitar a falsa impressão de que os sucessos do processo criem direitos para as partes, de modo que as atenções então se desviam da real situação de direito material existente entre elas, para o modo como se comportaram processualmente e o destino que em virtude disso lhe é reservado.

Em síntese, quando falamos em instrumentalidade do processo não quer dizer a respeito somente nas suas ligações com o direito material. O Estado é o responsável pelo bem estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem e, estando o bem estar social em turbação pela existência de conflitos entre os indivíduos, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, desenvolver a sociedade desejada.

2.2 – DIREITO NO PROCESSO – REGULARIDADE

Outro ponto de fundamental importância a ser destacado no direito processual é a questão da sua regularidade, a ser analisada sob o ponto de vista das garantias constitucionais. Pode-se acentuar uma profunda ligação entre processo e Constituição no concreto estudo dos institutos do direito processual, não mais acolhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico. A partir daí, podemos dizer que esse caminho transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade e outros direitos e garantias fundamentais.

As linhas fundamentais do direito processual são traçadas pelo direito constitucional, pois este fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, e ainda estabelece alguns princípios processuais.

⁷ DINAMARCO. *A Instrumentalidade do Processo*, ob. cit., p. 328.

A grande maioria dos doutrinadores afirma, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas sobretudo ético, ou seja, fatores históricos, políticos e sociológicos influenciam a questão do direito processual, de modo que as garantias fundamentais e os princípios norteadores deste ramo não de prevalecer.

Temos como antecedente histórico das garantias constitucionais da ação e do processo é o art. 39 da Carta Constitucional, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões, que dispõe o seguinte:

“Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país.”⁸

A atual Constituição de 1988 incumbiu de colocar o direito processual como instrumento de público de realização da justiça, não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material.

Uma das garantias constitucionais ampliada pela Magna Carta de 88 foi o direito de ação, tradicionalmente reconhecido como o direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, assim disposto no art. 5º, inciso XXXV:

*“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.*

Outra garantia abrangida pela constituição é a do devido processo legal – *due process of law*, que pode ser compreendido como um direito ao procedimento adequado, abrangendo, além da sua condução sob o palio do contraditório, também a sua aderência à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.

A Constituição de 1988 trouxe pela primeira vez a fórmula do direito anglo-saxão, assim disposto no art. 5º, inciso LIV:

⁸ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, ob. cit., p. 80.

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”.

Várias outras garantias constitucionais são trazidas pela constituição e estendidas expressamente ao processo, em especial o civil, tais como o contraditório e a ampla defesa, que é assegurado em todos os processos, inclusive administrativo, desde que haja litigantes e acusados – art. 5º, inc. LV; a igualdade processual entre as partes, que decorre do princípio da isonomia – art. 5º, inc. I; a publicidade e o dever de motivar as decisões judiciais – art. 5º, inc. LX e 93, inc. IX; a inadmissão das provas obtidas por meios ilícitos, inutilizáveis no processo – art. 5º, inc. LVI; a inviolabilidade do domicílio – art. 5º, inc. XI; o sigilo das comunicações em geral e de dados – art. 52, inc. XII.

Ainda há garantias constitucionais para o processo penal, mas ficaremos somente com estas já ressaltadas acima.

Em suma, podemos afirmar e concordar com as colocações da doutrina no sentido de que “a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à pretensão jurisdicional) e o direito de defesa (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do devido processo legal. Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cerceando-se todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo devido processo legal, legitime o exercício da função jurisdicional”.⁹

3 – CONCLUSÃO

Podemos verificar, em conclusão deste trabalho, que o direito ao processo, no que diz respeito à questão da instrumentalista, leva em consideração tão somente a questão meio, ou seja, o processo é um meio pelo qual se chegaria

ao direito material, não há uma análise em si da questão subjetiva das partes, das garantias constitucionais, do devido processo legal; ao passo que o direito no processo, no que diz respeito à regularidade, leva em consideração a questão dos direitos e garantias constitucionais, ou seja, o processo levaria em conta o devido processo legal, abrangendo a ampla defesa e o contraditório, e a isonomia.

Hoje, mais do que nunca, grandes doutrinadores afirmam que a justiça penal e a civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à ordem jurídica justa¹⁰.

Cabe ainda destacarmos a proposta da Teoria Neo-Institucionalista do Processo, do grande professor Rosemiro, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infra-constitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados¹¹.

Sendo assim, observando o devido processo legal e todas as garantias constitucionais e fundamentais das partes e de toda a sociedade, e ainda com a utilização de parte da instrumentalidade do processo, poderíamos chegar a um sistema processual justo, democrático e acessível a todos, adequado para a realização da justiça.

4 – REFERÊNCIAS BOBLIOGRÁFICAS

. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório, in *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. Coordenação de José Rogério Cruz e Tucci. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 132-150.

. BRASIL. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. Organização e seleção de notas Theotônio Negrão; com colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 31. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2000.

⁹ Idem, *ibidem*, p. 84.

¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 84.

¹¹ LEAL. *Teoria geral do processo*, ob. cit., p. 95.

. BRASIL. Constituição Federal, código civil, código de processo civil. Organizador Yussef Said Cahali; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga tapai. 5. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19^o ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2003.

. DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. 5^a ed. – São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. A instrumentalidade do processo. 11^a ed. – São Paulo: Malheiros, 2003.

. LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo. – Porto Alegre: Síntese, 2001.

. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado e legislação extravagante. 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

. NUNES, Elpídio Donizetti. Curso didático de direito processual civil. 3. ed. ver. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

. PASSOS, Calmon. Instrumentalidade do Processo e devido processo sobre o tema, in Temas atuais de Direito Processual Civil. Coord. por Cezar Augusto de Castro Fiúza, Maria de Fátima Freire Sá, Ronaldo Bretãs C. Dias. – Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. vol. 1. 5. ed. atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

* *Graduado em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva;
Pós-Graduando em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada - IEC/PUCMinas;
Advogado.*