

# O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Eduardo Kochenborger Scarparo\**

**RESUMO:** Nesta pesquisa relacionou-se o processo civil e direitos humanos em uma perspectiva cultural atual, caracterizada pela ausência de ideologias hegemônicas. Considerou-se acerca da origem da ciência processual, questionando-se sobre os alicerces sob os quais foi erguida. Na seqüência, adentrou-se no processo como mecanismo de realização das diretrizes constitucionais, embasando a importância do relacionamento entre processo e direitos fundamentais, por ser aquele instrumento para realização destes assim como ele, em si mesmo, um direito desta categoria.

## 1. INTRODUÇÃO

*Nenhuma teoria da transformação político-social do mundo me comove sequer, se não parte de uma compreensão do homem e da mulher enquanto seres fazedores da História e por ela feitos, seres da decisão, da ruptura, da opção.<sup>1</sup>*

Antes de qualquer outra constatação, deve-se ter claro que, para a realização de um estudo aprofundado em Direito, é imprescindível perquirir sobre as peculiaridades do momento histórico atual. O mundo globalizado faz com que diferentes culturas convivam e

entremeiam-se, regadas por fontes de valores e informações em velozes e constantes transições. Não se pode negar que vivemos uma época de intenso dinamismo.

As mudanças e criações se vinculam em ritmos maiores que em sistemas anteriores. Da mesma forma, são maiores a amplitude e a profundidade com que as rupturas afetam as práticas sociais e os comportamentos.<sup>2</sup> As transformações que a contemporaneidade oferta fazem com que sejam questionados os modos de perceber a realidade e, consequentemente, de produzir conhecimento.

A diurna movimentação dos sistemas simbólicos se reflete na criação de lógicas e

---

\* Mestrando em Direito Processual Civil pela UFRGS.

<sup>1</sup> FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia*. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 129.

<sup>2</sup> GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 22.

concepções de realidade. Como consequência, as significações culturais – mesmo as mais fundamentais –, dissolvem-se e perdem seu sentido original. Esses movimentos de renovação são contínuos e necessários à humanidade, o que Agnes Heller considera ser uma grande conquista<sup>3</sup>.

Com o processo civil não é diferente, pois também vem sendo remodelado a partir da quebra de padrões antes hegemônicos. A mudança de perspectiva nas relações sociais e no direito processual opera a partir do desenvolvimento de novos modelos de sociedades. O movimento tem origem na descrença de que estruturas permeadas por outras ideologias possam satisfazer diferentes necessidades. Atualmente, as patentes carências processuais fazem com que sejam buscados caminhos diferentes dos moldados nos séculos XVIII e XIX. Para a realização dessa tarefa, exigem-se elevados graus de consciência e crítica.

A complexidade da contemporaneidade facilita o desenvolvimento de pesquisas com ênfase em relações culturais antes não navegadas, engendrando uma percepção sistemática da vida em sociedade. Em função disso, temos um vasto campo para descobrir outras lógicas. Contudo, cabe o alerta de que não é a grandiosa chance de inovar que outorga ao pesquisador o poder de dissociar sua ciência de controles éticos. Muito pelo contrário, pois na medida em que se entremeiam modos de pensar, são descobertos importantes pilares de ética e humanidade.

<sup>3</sup> HELLER, Agnes. *O Cotidiano e a História*. Rio de Janeiro: Paz e Terra Filosofia, 1970, p. 89.

A diferença dessas axiologias impõe a busca por padrões capazes de firmarem-se em zonas de possível conflito cultural.

Na contemporaneidade, é comum o choque de ideologias contrastantes. No campo jurídico, um novo empenho passa a ser exigido. Não é a ótica da solução de conflitos por valores modernos<sup>4</sup> (razão, individualização, progresso) que irá adaptar-se às concepções *múltiplas e débeis*<sup>5</sup> da pós-modernidade. Em função disso, à atividade jurídica urge eficaz renovação.

Os novos estudos sobre o processo civil têm alcado vôos por áreas até então pouco trabalhadas, tal qual a constitucionalização e a efetividade do processo. As idéias de instrumentalidade e de acesso à justiça, apresentadas por Dinamarco e Cappelletti, respectivamente, têm, na origem, a existência de um posicionamento crítico sobre os efeitos da tutela jurisdicional.

A doutrina já vem realizando uma série perquirição sobre os dogmas lançados – os pilares sob os quais foi construído o processo. Somente dessa maneira poder-se-á avaliar se os itinerários antes criados ainda guiam às mutantes necessidades da sociedade.

Ovídio Baptista traz exemplo claro desse descompasso de base entre necessidade e direito ao comentar o ajuste do processo aos padrões da “ciência” moderna: a racionalidade

<sup>4</sup> Não é demais lembrar a diferença entre modernidade e atualidade. Sem embargo do vocabulário coloquial corrente de associar as expressões, esta pesquisa utiliza-se da conceituação histórica de modernidade, referente ao período entre a época das descobertas, com o declínio da Idade Média, até a Revolução Francesa. Atualidade é, enfim, o período hoje vivenciado.

<sup>5</sup> As expressões são de Canotilho.

kantiana pressupõe a univocidade de sentidos da lei, o que legitima a extraordinária cadeia recursal que nos sufoca e da qual não temos condições de nos libertar.<sup>6</sup> As relações contemporâneas, cada vez mais complexas, guiam as interpretações legais ao contrário, porquanto refletem as diversidades de compreensões subjetivo-culturais.

Nessa vertente, o problema que se põe a qualquer jurista colocado no meio destes dois mundos é o de não saber como resolver em termos juridicamente rigorosos e constitucionalmente não capitulacionistas as questões da ponderação de direitos e bens por meio de uma balança que já não tem mais dois pratos, mas que digitaliza, em termos reais, interesses múltiplos e múltiplos interesses.<sup>7</sup>

O desafio dos processualistas nos alvores do século XXI é o de engendrar um modelo capaz de suprir necessidades até então intocadas. A beleza desse momento histórico está na oportunidade de criar-se um sistema politicamente responsável. Essa importante jornada exige uma precisa bússola a orientar a reestruturação da humanidade, capaz de sensibilizar modos antagônicos de agir e compreender. Neste estudo, propõe-se a orientação do processo pela guia dos direitos humanos.

## 2. UM COMEÇO COMPROMETIDO?

Não se pretende aqui tecer longos comentários sobre a história do direito processual, pois o objetivo desta pesquisa não exige este aprofundamento. Em contrapartida, mostra-se importante ressalvar alguns aspectos concernentes ao direito de ação, para que descurado seja o enfoque sobre o qual foi formulada toda a teoria do processo, possibilitando uma crítica consciente.

Mesmo nas diferentes fases do direito processual romano, o processo civil sempre foi ramo de direito privado. No período pós-clássico (*cognitio*), porém, houve significativa restrição do predomínio das partes sobre os trâmites processuais, podendo-se falar no início do afastamento do caráter estritamente privado, típico do *processo romano formulário*<sup>8</sup>.

Como se sabe, essa concepção privatista originária desenrolou-se até meados do século XIX<sup>9</sup>. O estudo do processo estava centrado nas formas e nos procedimentos, fazendos mais ou menos rígidos. O processo era, então, a formulação de mero procedimento (*procedura civile*) – a seqüência de atos a organizar os julgamentos.

Impende lembrar a passagem de Celso – *nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur in iudicio persequendi*<sup>10</sup> –, que configura a idéia de que o direito do particular

<sup>6</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia: O paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 297.

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 114.

<sup>8</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no Processo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21-22.

<sup>9</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35.

<sup>10</sup> D. 44.7.51 (Cels. 3 dig.). Tradução livre pelo prof. Eduardo Cunha da Costa: “*a ação é o direito de perseguir em juízo aquilo que nos é devido*”.

deve possuir tamanho vigor a ponto de impor-se ao adversário<sup>11</sup>. Justamente por isso, estudava-se o processo de modo atrelado ao direito privado.

O processo romano-canônico centrava-se na doutrina escolástica de imperfeição e corrupção do homem, o que lhe rendeu as diretivas de afastamento do controle jurisdicional e de domínio privado sobre o processo. Pretendia-se a liberdade da ação contra a interferência estatal.<sup>12</sup>

Com a redescoberta do Direito Romano pelos pandectistas alemães no século XII, o caráter privado do processo foi reafirmado. Não se o examinava como instituição separada da ação, da citação e da defesa, institutos considerados integrantes do direito civil.<sup>13</sup> Por conseguinte, manteve-se a tradição histórica de quase sempre estar o processo sob o alcance do princípio dispositivo.

Dando um salto histórico, percebe-se a mesma tendência se enfocando o problema sob as concepções kantianas de racionalidade científica, emergentes no século XVIII. O direito passou a ser um postulado lógico, natural e prévio, logo os juízes deveriam declarar o direito com base nas *leis da razão*<sup>14</sup>. Assim, não se falava em criação de saberes jurídicos, mas na declaração e descoberta

de valores já existentes. O processo estava, então, impossibilitado de reorganizar substancialmente as relações sociais. Além disso, não se pensava em promover direitos que não os *racionalmente* declarados. Isso significava a idéia hegemônica de conservar posições. Dessa maneira, vedava-se ao processo a defesa de direitos socialmente relegados.

O desenvolvimento da doutrina liberal kantiana, nos séculos XVIII e XIX, ensejou a naturalização de todo o direito. Dava-se maior importância à declaração e descoberta dos direitos que a sua efetiva proteção pelo Estado<sup>15</sup>. Nesse contexto, o processo passou a condição de direito exclusivamente formal.

A característica se destacou ainda mais com a autonomia dada à ciência pelos estudos de Windsheid, Müther, Wach e, finalmente, Oskar Bülow. Ao afirmarem o direito público de pretensão à tutela jurídica<sup>16</sup>, o direito concreto de demandar<sup>17</sup> e, por fim, a separação das relações material e processual<sup>18</sup>, lançaram as bases para o isolar totalmente o estudo do processo da sociologia.

A partir de então, publiciza-se o processo, afastando-o das relações privadas. O direito material e o processual desenvolvem-se paralelamente, sem entremearem-se.

<sup>11</sup> ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 55.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no Processo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24-29.

<sup>13</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 75-76.

<sup>14</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em: 27 jul. 2005.

<sup>15</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie*. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris Editor, 1988.

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e tutela jurisdicional*. In Revista da Ajuris, n. 98, 2005, p. 11.

<sup>17</sup> WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. v.2. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, p. 309.

<sup>18</sup> BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEA, 1964, p. 6-7.

Nos alvores do século XX, a doutrina de Chiovenda inaugura a escola sistemática<sup>19</sup>. *Nela, a função do processo era unicamente fazer atuar a vontade abstrata da lei*, que, por meio da ação, tinha as condições para tornar-se concreta<sup>20</sup>.

Em face das finalidades limitadas do exercício processual, buscou-se excluir as influências de direito material da norma processual, fazendo-a completamente independente. Na compreensão, somente a partir dessa premissa haveria relações processuais permeadas por imparcialidade e igualdade.

Porém, na medida em que se opera a uniformização das atividades processuais, independentemente da posição do sujeito processual, confirmam-se desigualdades socialmente entabuladas. Assim porque o processo não era instrumento capaz e apto a interferir nas relações privadas.

O repúdio ao balizamento estatal sobre o convívio humano caracteriza a ideologia liberal. No mesmo viés, desmantelam-se grupos, percebendo a sociedade de modo atômico, consequência determinante na mudança dos meios de produção para o liberal-burguês<sup>21</sup>. A dissociação radical entre direito material e processual realizou o expurgo das influências do Estado sobre o jogo de forças e vontades privadas.

---

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 64.

<sup>20</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil. v. 1. Tradução por J. Guimarães Mengale*. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 24.

<sup>21</sup> ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. *Princípio da demanda nas ações coletivas do Estado Social de Direito*. In Revista da Ajuris, n. 98, 2005, p. 272-273.

Com o afastamento do estudo do processo das demais relações sociais, a intervenção estatal estava inviabilizada para compor a lide de forma substancialmente igualitária. Assim, assegurar os direitos fundamentais de primeira geração era tarefa que cabia unicamente à própria sorte e poder do indivíduo.

Daí a concepção de que o problema dos elevados custos para a utilização do processo e a exclusão econômica do direito de ação não demandavam atuação do Estado para garantir a fruição das garantias. A inacessibilidade dos indivíduos pobres aos tribunais era justamente uma fatalidade<sup>22</sup>.

Não se admitia, outrossim, procedimentos e defesas variados em conformidade com a posição política das partes. Isso se explica “na desnecessidade de se dar tratamento diferenciado às diferentes posições sociais e às diversas realidades de direito substancial”<sup>23</sup>. Note-se que qualquer tratamento privilegiado outorgado pelo Estado a certo ente ou pessoa destituiria a característica de igualdade formal das relações. Àquela época, partia-se da crença de que *todos os indivíduos são iguais e a eles são dadas as mesmas oportunidades*.

Essa visão de mundo influenciou os institutos processuais sobremaneira. Ovídio Baptista da Silva<sup>24</sup> demonstrou como se racionalizou o processo de modo a distanciá-lo da história e da realidade, ao centrar o desenvolvimento do processo em dogmas liberais de individualismo e em linearidades lógicas.

---

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris Editor, 1988, p. 9.

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39.

<sup>24</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Saiba-se que o instrumento (processo) não só possibilita, mas também molda, interage e se reflete no objeto (direito material, em primeiro plano, e o valor justiça social, ao fundo). O processo, então, não mais é compreendido como mera técnica, mas como ferramenta para a realização de valores, em especial os constitucionais.<sup>25</sup> Em função disso, a criação de uma técnica processual guiada por valores fundamentais é o caminho apontado a realizar a parcialidade competente ao direito ético e justo.

Percebe-se o uso do processo civil não só como instrumento independente do direito civil, mas também como *promotor de direitos*. Assim porque pode outorgar ou manter a determinado grupo ou classe posições de favorecimento no valer de específica situação de confronto social, interferindo positiva ou negativamente na consagração dos direitos humanos.

### 3. O DIREITO PROCESSUAL ACOMPANHOU A MUDANÇA DA JUSTIÇA?

Já durante a Primeira Guerra Mundial, começam a emergir movimentos culturais de questionamento sobre os valores da civilização ocidental. Porém, o desenvolver das práticas de deslegitimação das organizações de poderes tradicionais se intensificou após a abertura dos mercados, com as conseqüentes trocas culturais promovidas.

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. In: *Do formalismo no processo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 260-274, p. 261.

O massacre das bombas atômicas não só desfechou a Segunda Guerra Mundial, como também acelerou a tomada de consciência de que o conhecimento não produz resultados aéticos. Bem antes disso, todavia, a Segunda Revolução Industrial, considerada um processo de complementação da formação do capitalismo, e a expansão dos centros urbanos determinaram o aumento da cumulação de riquezas abstratas e do distanciamento social entre classes.

Emergiram, a partir daí, movimentos sociais de enorme impacto, ensejando o questionamento acerca dos modos de interação e relações entre indivíduos e grupos. As críticas e ideologias suscitaram outras percepções de mundo a desmantelar o Estado do *laissez-faire* e as visões puramente individualistas. O conhecimento passou por reformulações orientadas, cada vez mais, por um caráter coletivo em predomínio sobre o individual. Foi a nova moldagem dada aos direitos humanos. As *declarações de direitos*, típicas dos séculos XVIII e XIX, deram lugar ao reconhecimento de *direitos e deveres sociais* do Estado, da comunidade, das associações e dos sujeitos<sup>26</sup>.

Dessa forma, os direitos fundamentais requereram outras providências para a sua afirmação. A individualidade própria da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão atava-se ao pressuposto de *garantias negativas*<sup>27</sup>, fixando solenemente os “*direitos*

<sup>26</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris Editor, 1988, p. 10.

<sup>27</sup> São garantias negativas de que nenhuma instituição ou indivíduo turbará seu gozo, ou seja, estão vinculados à ideologia liberal e apontam para a passividade do Estado.

*naturais, inalienáveis e sagrados do homem*". O panorama mudou com a reestruturação da sociedade pela industrialização e suas implicações socioeconômicas e culturais, quando se abriu o caminho para um novo estágio de consciência sobre as necessidades básicas do ser humano.

Com efeito, o desenvolvimento do capitalismo industrial proporcionou a urbanização e concentrando mão-de-obra assalariada, advindo uma nova classe social – o proletariado. Esses novos grupos e classes passam a demandar cada vez mais outros modelos de organização do poder. As influências foram tão notórias que, ao final do século XIX, assentou-se a transição do modelo liberal clássico para o *welfare state*, ou estado social. Abandonou-se a atitude abstencionista em favor de intervenções estatais destinadas à reorganização dos meios de acesso aos bens sociais.

Mesmo a atividade interpretativa dos juízes foi remodelada, como demonstrou Cappelletti em *Juizes Legisladores*?<sup>28</sup>. A ruptura com os padrões liberais e a retomada do *welfare state* determinaram a *politização* da função hermenêutica e, consequentemente, o reconhecimento da atividade criativa dos juízes.

A influência de ideologias "sociais"<sup>29</sup> fez com que se observassem outras peculiaridades antes não percebidas. Colocou-se ao direito a realidade de que diversidade de relações

e posições exige tratamento que oferte condições de verdadeiras igualdades. Percebeu-se que a não tomada de posição ativa por parte do Estado para equiparar fragilidades e potências operava privilégio em favor do politicamente suficiente. Essa tomada de consciência refletiu-se na doutrina dos direitos sociais fundamentais, que são pressupostos para o gozo dos direitos individuais por um número cada vez mais crescente de sujeitos. Trata-se dos conhecidos "direitos de segunda geração".

O processo, porque absolutamente isolado do direito material, em contrapartida, continuou atado aos dogmas liberais de individualidade e neutralidade. O desenvolvimento dessa ciência, parece, deu-se afastado dos fatos sociais, dos direitos humanos e das relações comunitárias, sob o falso manto da independência científica, enquanto melhor seria se falar em *isolamento sem crítica*.

Por certo que os instrumentos como a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo estão relacionados à tentativa de efetivação de direitos coletivos e difusos, mas também é claro que o seu desenvolvimento não alcançou os ares esperados, muito por ligarem-se aos padrões e dogmas típicos do processo individualista que hoje perdura.

Em contrapartida, esses instrumentos de legislação extravagante vêm construindo meios inovadores de defesa dos direitos sociais, estabelecendo, entre outras providências, limites pouco tradicionais à eficácia da coisa julgada, tais como extensão *erga omnes* e *ultra partes* das sentenças de natureza político-social.<sup>30</sup> Trata-se de importante passo.

---

<sup>28</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.

<sup>29</sup> Consideramos que todas as ideologias são aspectos sociais, pois emergem da cultura e a integram. A classificação deriva da criação de dicotomia teórica entre o individual e o coletivo.

---

<sup>30</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no Processo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 107.

As dificuldades de transposição de um modelo processual individual a um coletivo baseado em um sistema individualista, todavia, mostram-se em todas as fases processuais. Para exemplificar algumas, pense-se na dificuldade de citação de grupos indetermináveis, nos direitos de participação na instrução coletiva, na eficácia da coisa julgada ou nas formas de execução. Constatase que a preocupação, nestes últimos séculos, nunca foi com a disponibilização de meios eficazes de pleitear as tutelas fundamentais declaradas.

#### **4. O QUE ACONTECEU COM NOSSO MUNDO DE CERTEZAS?**

As profundas mudanças sociais que se operaram no século XX determinaram movimentos de questionamento de todas as ciências. As trocas de informações e as relações cada vez mais constantes entre variadas culturas operam a dispersão das formas de pensamento e, consequentemente, a deslegitimização de ideologias antes hegemônicas.

Os caminhos destrutivos que levaram ao conhecimento socialmente despreocupado fizeram com que as construções de novas teorias somente fossem legítimas se permeadas por justificativas éticas. Hoje, a elaboração científica está formulando um novo paradigma, porquanto conduz à descoberta de sua significação e função.

A contemporaneidade exige a compreensão além dos limites de nossos valores ou culturas. Isso porque os níveis de globalização e trocas entre sociedades são tão altos que não mais estão regionalizados os desdobramentos e aspectos culturais. Há uma real pluralidade de culturas convivendo em um mesmo momento histórico. Por isso, não mais se permite a busca

por soluções simples, porquanto há uma verdadeira complexidade de entendimentos.

Nesse contexto, interesses e óticas diversas fazem aparecer uma terceira geração de direitos fundamentais, pertencentes a incontáveis e não determináveis sujeitos e grupos – *direitos difusos*. Os direitos coletivos diferem destes especialmente quanto à inexistência de vínculos específicos entre as pessoas tuteladas. Enquanto os direitos de segunda geração são reconhecidos pela coesão de um grupo, uma categoria ou uma classe, os direitos difusos estão diluídos entre indivíduos com vínculos fáticos irregulares e versáteis.

A terceira geração de direitos está atrelada aos direitos de solidariedade e fraternidade. Relacionam-se ao meio ambiente, à qualidade de vida saudável, à paz, entre outros. Significa dizer que não mais há grupos específicos de pessoas ligadas por vínculos precisos, mas difusão de direitos por toda coletividade.

A compreensão da contemporaneidade à luz da pós-cultura arrima a idéia de que passamos por uma busca de outros e novos referenciais. As práticas não mais são percebidas sob um prisma cartesiano, mas enfocadas a partir de tónicas de responsabilidade social. Nesse contexto, os debates sobre direitos humanos são revigorados e de importância máxima.

Atualmente, o contraste entre as carências e os meios de as tutelar são notórios. A inexistência de mecanismos variados e aptos a tornar realmente efetivos direitos difusos e coletivos acena com a possibilidade de perceber-se o impacto social dos direitos humanos como um simples exercício de retórica.

Os direitos fundamentais são inalienáveis e, portanto, não permitem uma atitude passiva do sujeito para sua apropriação. Daí porque os métodos tradicionais de processo não resguardam as carências apresentadas. Basta que nos atenhamos à importância exacerbada dos princípios da demanda, do dispositivo e da inércia do juiz para concluir pela inadequação dos pilares processuais. Temos direitos fundamentais à deriva.

Em contrapartida, revigora-se a compreensão de que não se pode realizar ciência senão com intuito de resguardar práticas éticas. Ademais, a pesquisa dirigida pela ruptura de desenvolvimentos lineares realiza balizamentos a nortear outras descobertas.

A noção da função social das ciências é novidade na história da produção do conhecimento, operando níveis significantes de comprometimento das pesquisas científicas com resultados socialmente proveitosos. Enquanto as posturas metodológicas tradicionais limitam-se a, *verbi gratia*, constatar fatos e ditar conclusões, as novas necessidades requerem uma inversão capaz de atender à necessidade de conscientização científica.

Consiste, em síntese, em priorizar o resultado. No direito processual, as propostas por uma nova visão sobre a instrumentalidade retratam justamente a busca por interpretações teleologicamente compromissadas.

Engendram-se técnicas derivadas da tensão entre a necessidade e as soluções até então apresentadas, remetendo ao questionamento das finalidades da ciência. No mesmo prospecto, a preocupação acerca do acesso à justiça aponta para a problematização dos resultados sociais do processo construído, expandindo os horizontes do direito para além do jurídico.

## 5. DEVEMOS PARAR NO ACESSO À JUSTIÇA?

Entre tantos princípios processuais, o *Projeto Florença*<sup>31</sup> optou por uma análise sobre o acesso aos tribunais, para denunciar a ineficácia dos modelos individualistas ao estruturar a resguarda de direitos por classes economicamente segregadas. Os poderes do capital repercutem em variados princípios processuais, porém, quanto ao acesso à justiça, as carências estão explícitas.

Os estudos estão vinculados às novas tendências de percepção do processo. São frutos da aproximação do processo aos direitos fundamentais. Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>32</sup>, em seus muito comentados estudos renovatórios sobre o processo e o acesso à justiça, reforçaram a idéia de trazer a sociologia ao encontro do direito.

Ao estudar a questão, problematizaram sociologicamente pontos relativos ao direito e ao processo. Para os autores, o acesso à justiça deve ser “*encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos*”<sup>33</sup>.

No referido texto, são explicitadas três ondas renovatórias. A primeira, em relação à assistência judiciária aos pobres; a segunda, para legitimar entes coletivos a defender direitos difusos; a terceira, pela criação de métodos que tornem os direitos efetivos.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris Editor, 1988.

<sup>32</sup> *Id Ibidem*.

<sup>33</sup> *Id Ibidem*, p. 12.

<sup>34</sup> A pesquisa comentada é muito rica e deveras proveitosa e influente ao processualista. Não pretendemos desenvolver o tema, apenas comentá-lo e inseri-lo em um contexto de repensar dogmas anteriores para melhor realizar o direito fundamental do processo.

A abertura das perspectivas do processo em um campo sociológico permitiu avanços necessários, como a lei dos juizados especiais, mas que ainda são insuficientes. A realidade indica que o processo é caro e a busca pelos direitos é restrita a quem pode financiá-la.

As renovações processuais constituíram alternativas para que as diferenças econômicas não imponham restrições ao direito fundamental de obter o provimento jurisdicional. A aproximação do processo com as abissais diferenças socioeconômicas aumentou as vias de abertura ao direito para aqueles economicamente desfavorecidos, seja pela gratuidade em processos individuais, seja pelas legitimações coletivas.

Porém, os problemas derivados da disforme distribuição de riquezas não atingem somente o direito de acesso aos tribunais. Pelo contrário, as influências do capital aparecem na forma de organizar a prestação da atividade jurisdicional, que acaba por também excluir e segregar.

Exemplo disso está na celeridade da prestação jurisdicional. Comentando o tema, Cappelletti e Garth sustentaram que a longa espera por uma decisão judicial exequível pode ensejar em devastação da tutela, uma vez que aumenta os custos e pressiona os economicamente mais fracos ao abandono das causas<sup>35</sup>. Outros autores garantiram que a diliação do processo não determina gravames e inconveniências somente às partes, mas também para os membros da coletividade<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie*. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabis Editor, 2002, p. 20.

<sup>36</sup> TUCCI, José Rogério Cuz e. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*. Revista de Processo, São Paulo, n. 66, 1973.

Uma das comuns justificativas para o Estado monopolizar a organização dos litígios é a proteção do mais frágil. Para isso, parte-se da idéia de que, na autotutela, prevalecem as vontades dos mais fortes, ou seja, daqueles que detêm os mais influentes instrumentos de poder. Em nossa sociedade, as forças políticas estão cada vez mais concentradas nas mãos de poucos e, ao mesmo tempo, diluídas por incontáveis lugares sociais, sujeitando extensas redes de relações.

É unanimidade que, em um processo adequado, se deve aplicar harmoniosamente os princípios de direito e as noções de justiça. Todavia, comumente se olvida que a crença em igualdades formais estabelece circunstâncias políticas, colocando os litigantes em melhores ou piores situações na busca das justiças.

Para essa ligeira conclusão, basta atentar às condições econômicas das partes. Possuem maior força no processo aqueles que detêm maiores recursos. Está-se a falar da possibilidade de obtenção de vantagens legais e camufladas, tais como o patrocínio de bem conceituados, caros e muito hábeis advogados ou de renomados assistentes técnicos ou de contadores um tanto quanto mágicos.

Litigam esses, muitas vezes, contra quem não tem sequer o privilégio de escolher o profissional que lhe presta defesa. A Defensoria Pública, exemplificativamente, bem se sabe, é integrada por profissionais aptos e capacitados, porém, com muita demanda e pouca disponibilidade<sup>37</sup>. Assim, o

---

<sup>37</sup> Tenta-se atenuar o contraste disponibilizando vantagens processuais aos assistidos pela Defensoria Pública, tais quais a contagem do prazo em dobro, o que, sabe-se muito bem, não remedia nem soluciona a discrepância.

defensor nem sempre pode se dedicar ao caso com o afínco muitas vezes imprescindível ao êxito da demanda. Significa, em síntese, que a inexistência de provisões para financiar a discussão jurídica é também limite enjaulador e empobrecedor do direito e das práticas democráticas. Aprisiona, portanto, a concreção de direitos fundamentais.

Não é novidade que a prática da advocacia é determinante para o resultado final da demanda. Por vezes, não vence aquele que possui direito material, mas aquele que melhor escolhe o advogado. Assim porque bem fundamenta, melhor expõe fatos, acertadamente escolhe o meio processual e apresenta provas mais pertinentes ao seu interesse. Em síntese: tem maior possibilidade de vencer aquele que adquire os melhores meios de argumentação e convencimento.

Em mais conceituadas palavras, aduz Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

*A posição que as pessoas ocupam na sociedade, a maior ou menor condição de fortuna, o poder de que desfrutam, influem, desde logo, no próprio acesso à Justiça, na melhor ou pior preparação dos profissionais que as assistem, na facilidade de se provarem de provas e tantos outros elementos decisivos.<sup>38</sup>*

Da mesma forma, a exigência de depósitos como condição de procedibilidade de ações ou exceções, tais quais na rescisória, nos embargos à execução, nas cautelares ou no recurso trabalhista, sujeita o acesso à justiça ao critério econômico, criando iniqüidade na busca pelos direitos.<sup>39</sup> Assim Domingos

Dresch da Silveira, referindo que “*ofende a garantia constitucional, pois importa obstáculo formal a ser transportado pela parte para ter acesso ao Judiciário*”<sup>40</sup>. Mais do que isso: realiza a prática de exclusão social pelo processo. Como instrumento democrático que é, a sua regulação deve ser consciente de que as suas normas direcionam o direito e a força com que grupos e classes recorrem ao Poder Judiciário.

O processo deve ser visto também como instrumento político de oficialização e legitimação de desigualdades. Daí por que se deve adequá-lo às especificidades e diferenças, ao revés de confundir boa técnica com submissão cega a critérios formais e abstratos, de modo a propiciar não apenas um julgamento ceremonial pelos tribunais.

Da mesma maneira, permite-se a abertura do prospecto científico pela proposição de uma prevalência exagerada de determinados valores na concepção de processo adequado. Foca-se, assim, uma justiça de representação teatral e uma compreensão desprovida da necessária ótica dos direitos humanos fundamentais, que exigem uma balança equilibrada.

O problema colocado do *acesso à justiça* deve ser compreendido como denunciador de uma nova ótica sobre o processo, tendente a fazer valer os direitos fundamentais. Trata-se de ponto de partida para a reorganização de toda uma estrutura jurisdicional.

Na pós-cultura, a diversidade de compreensões determina a formulação de

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual*. Revista da Ajuris, n. 33, 1985, p. 79.

<sup>39</sup> Em sentido contrário, NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 140-141.

<sup>40</sup> SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. *Considerações sobre as garantias constitucionais do acesso ao Judiciário e do contraditório*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *Elementos para uma nova Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 60-61.

uma real mudança nos paradigmas científicos, fazendo interagir a pesquisa com novas e tantas percepções da realidade. Daí porque a escolha dos resultados será determinante para a atenuação das diferenças políticas no desenrolar das controvérsias judiciais.

A enunciação dos direitos, sem que haja a efetiva capacidade institucional de assegurá-los, impõe um estudo aprofundado sobre as ferramentas dos direitos humanos. Então, a pesquisa em processo ganha novo significado e importância. Ao revés de criar longos, complexos e seguros procedimentos para averiguar a existência de crédito ou débito perante Caio e Tício, o pesquisador deve-se preocupar com uma profunda revisão para a promoção de direitos de difíceis e historicamente relegadas tutelas.

## 6. QUE CAMINHO SEGUIR?

A reestruturação decorrente do pós-Segunda Guerra atingiu brutalmente algumas concepções basilares da sociedade moderna. O Direito Constitucional é, então, remodelado para fazer-se integrar por viveres sociais. Entre os acontecimentos mais importantes, podemos destacar o Julgamento de Nuremberg (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

O Julgamento de Nuremberg pode ser considerado um marco para o declínio dos sistemas jurídicos “*isentos de valores*” (positivismo), porquanto tenham fornecido substrato jurídico aos regimes totalitários. Ao julgar os crimes de guerra nazistas, o tribunal internacionalmente constituído se viu impotente, sob as bases do positivismo, para condenar os que alegaram apenas terem aplicado literalmente a lei nacional.

Assim, tiveram os julgadores de buscar em valores os elementos extirpados da ciência jurídica. O Julgamento de Nuremberg é, por isso, considerado uma expressão das profundas reflexões do pós-guerra sobre as visões de mundo e as práticas sociais por elas justificadas.

A partir daí, construíram-se diques ao poder do Estado, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Para o presente estudo, ganha especial relevo ao artigo oitavo da referida declaração, a saber:

*Artigo VIII – Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.<sup>41</sup>*

A inclusão de valores nas fundações dos ordenamentos jurídicos repercutiu em uma reestruturação das constituições nos Estados. Os textos constitucionais assumiram um caráter não apenas declaratório, mas promocional de direitos fundamentais. Assim, foram elevadas à condição de normas formalmente constitucionais matérias como a proteção do ambiente e a acessibilidade cultural. Da mesma forma, ganharam lugar privilegiado no ordenamento jurídico regras processuais.

A inclusão somente se justifica pela necessidade – destacada no art. VIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem – da impreterível regulação processual sobre os direitos fundamentais. Essa conscientização aproximou o processo dos valores humanos essenciais. Pode-se a partir de então falar de *constitucionalização do processo*, avanço significativo para orientar a formulação de meios de exercício

---

<sup>41</sup> Tradução livre do autor.

da jurisdição sob prismas axiológicos íntimos ao Estado de Direito.

Lamentavelmente, o Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 preocupou-se exclusivamente com a solução de conflitos individuais, nada referindo quanto a demandas de cunho coletivo e social, o que demonstra sua inadequação, mesmo sob as vertentes constitucionais da época<sup>42</sup>.

Exemplo claro disso está na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, pois em nenhum momento Alfredo Buzaid referencia valores fundamentais. Pelo contrário, impõe ao processo civil uma postura de indiferença ao campo social, ao afirmar que “*diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de uma longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito*”.

Como já aludimos, o processo deve ser compreendido como um instrumento cultural capaz de transformar relações sociais. Justamente aí encontra importância o engajamento constitucional para “*uma nova compreensão do processo na tarefa de criação e aplicação do direito*”<sup>43</sup>.

Atualmente, a compreensão de um sistema constitucional realça característica de um verdadeiro estatuto de direito político e social. Dele derivam os fundamentos de toda atividade legislativa. Assim, na temática do processo, dita

programas ao legislador, a serem concretizados por leis processuais<sup>44</sup> e veda o exercício do poder normativo em desconformidade com os direitos humanos. Assim a finalidade das normas processuais produzidas está constitucionalmente assegurada.

Para Canotilho, “*constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade*”<sup>45</sup>. Note-se que a regulação do exercício da soberania é noção básica da organização social constitucional.

Essa perspectiva vincula também diretamente os magistrados, obrigando-os ao cumprimento daqueles valores, haja ou não produção infraconstitucional. Impõe, ainda, poderes efetivos de controle de constitucionalidade sobre normas processuais junto ao caso concreto.

É no direito constitucional, então, que estão os princípios fundamentais do processo<sup>46</sup>. A sua tutela pela constituição tem por fim “*assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendam da própria ordem constitucional*”<sup>47</sup>. Fortalecem-se os elementos capazes de tornar inderrogável a vinculação do processo aos direitos fundamentais.

<sup>42</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no Processo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 107.

<sup>43</sup> FLACH, Daïsson. *Processo e realização constitucional: a construção do ‘devido processo’*. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada. *Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. José Maria Rosa Tesheimer*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 11.

<sup>44</sup> WAMBIER; Luiz Rodrigues. (Org.). *Curso Avançado de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 73.

<sup>45</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 51

<sup>46</sup> SILVA; Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 44.

<sup>47</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27.

Assim, como o pensamento e a organização política se refletem na norma constitucional e, por isso, produzem efeitos sobre o direito processual<sup>48</sup>, a teoria do processo deve preocupar-se na eleição de técnicas aptas a promover as finalidades constitucionais.

Outro ponto de vital importância nessa constitucionalização está na hierarquia privilegiada de suas normas. Com isso, os princípios do processo possuem o condão de se sobrepor a regras infraconstitucionais, retirando-lhes a validade, se os direitos fundamentais assim orientarem.

Descabe pensar, porém, que constitucionalização significa estratificação de compreensões. Juarez Freitas comentou que a interpretação de normas jurídicas deve ocorrer no contexto das características históricas, políticas, ideológicas do momento e em confronto com a realidade sociopolítica e econômica. De outro modo não se encontrará o sentido da norma, inviabilizando sua plena eficácia.<sup>49</sup>

O artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos prestigia o direito processual como instrumento indispensável a garantir o exercício pleno dos direitos fundamentais. Assim, a inserção expressa do *devido processo legal* no texto constitucional, como cláusula pétrea, realiza compreensões abrangentes e inovadoras.

*No que tange à tutela constitucional do processo, a Lei Magna afirmou de modo expressivo a garantia do contraditório*

<sup>48</sup> HABSCHEID, Walter. *As bases do direito processual civil*. Revista de Processo, São Paulo, n.1, v. 11-12, p. 117-145, jul. dez. 1978, p. 119.

<sup>49</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 149.

*tanto no processo civil como no penal ou administrativo, fortaleceu o sistema do devido processo legal, assegurou o juiz natural e determinou a motivação fundamentada das decisões judiciais, afora outras medidas oportunas.*<sup>50</sup>

No mesmo sentido, não se comprehende o direito processual como um simples compêndio de regras acessórias para a aplicação do direito material, mas como um instrumento público e indispensável para a realização da justiça.<sup>51</sup>

A importância dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo é tamanha que se faz interferir decisivamente em todos os ramos da ciência jurídica. Mesmo o processo civil, área de estudos tradicionalmente isolados das conjecturas político-sociais, sensibilizou-se para a concreção de suas diretivas.

A abordagem constitucional de temas processuais mescla caracteres valorativos e técnicos, a fim de promover a integração entre o processo e a cultura humanitária. Essa abordagem foi esposada por Canotilho ao propor um modelo de funcionamento das jurisdições, voltado à compreensão dos procedimentos e organização do processo sob a ótica e direção dos direitos humanos<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> FERREIRA, Pinto. *Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos*. In: GRAU, Roberto Eros; CUNHA, Sérgio Sérvaldo da (orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 590.

<sup>51</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINNOVER, Ada Peregrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 82.

<sup>52</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 438.

## 7. O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que as disposições constitucionais sobre direitos fundamentais efetuem-se e passem a fazer parte das práticas cotidianas, são imprescindíveis a tarefa de educação social e a existência de potentes mecanismos a assegurá-los. À educação incumbe a urgência na formação de uma cultura dos direitos humanos, a combater as relações segregacionistas tipicamente brasileiras. A alusão de que todas as pessoas, independentemente de seu status social, são igualmente dignas encontra respaldo teórico incontestável. Em contrapartida, o acesso à dignidade passa por *filtros monetários* que afastam classes historicamente relegadas do gozo dos direitos.

Enquanto apenas se declaram direitos fundamentais, dotando tanto patrícios como plebeus, olvida-se a necessidade do assentamento de uma cultura prática humanitária. Como instrumento cultural que é, o processo civil deve providenciar para o exercício da solidariedade.

A aproximação entre Direito Processual e Constituição reforça o sentimento de preservação e expansão dos direitos fundamentais como finalidade primeira de nossa ciência. A busca pela distribuição igualitária dos meios de acesso à dignidade passa a dar significado a todas as técnicas processuais, o que sugere uma ampla revisão.

Com as transformações científicas de integração cultural para a realização de novos significados, a interdisciplinaridade começa a buscar posição de imprescindibilidade. Assim, entremeiam-se estudos de variadas

áreas como a sociologia, o direito, a psicologia, a antropologia e a estatística, para concretizar tarefas axiologicamente comprometidas. A partir daí, podem-se buscar novas perspectivas sobre dogmas correntes em campos científicos historicamente fechados.

A dogmatização assenta baluartes para o desenvolvimento das idéias, mas determina a criação de um direito meramente conceitual, desvinculado da realidade social<sup>53</sup> e faz com que as crenças estejam alheias a crítica, funcionando como espeque a conservação de modelos “poeticamente abstratos”. No processo, o dogma da neutralidade remete à passividade judicial, ou seja, determina uma postura *remediadora* do Poder Judiciário, ao revés de *promotora* de direitos.

As máximas do início do século XX amparavam-se em crenças de igualdades formais, tanto que Calamandrei pugnava por um “*derecho de defender-se en juicio en situación de paridad frente a la contraparte, derecho de dirigir-se a una justicia que proteja sin distinciones tanto al rico como al pobre*”.<sup>54</sup>

Em contrapartida, como as desigualdades de base caracterizam a sociedade globalizada, também os meios para busca de defesa e pretensões não estão ao alcance de todos. Ainda, o estudo cartesiano da ciência a isola das influências externas e determina a manutenção das relações políticas até então firmadas.

Com efeito, a abertura proporcionada na contemporaneidade permite repensar

<sup>53</sup> SILVA, Ovídio Baptista. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 300.

<sup>54</sup> CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: EJEA, 1960, p. 180.

conceitos e finalidades. Dinamarco lembrou que “*desfazer dogmas ou ler os princípios por um prisma evolutivo não significa renunciar a estes, ou repudiar as conquistas da ciência e da técnica do processo*”<sup>55</sup>. Pelo contrário, importa em elucidar a ciência de seus elementos mais camuflados, ensejando a opção pelos resultados práticos das teorias.

*O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado de Direito, como as conotações da liberdade, igualdade e participação em clima de legalidade e responsabilidade.*<sup>56</sup>

A notável concepção de processo como ferramenta para a realização de direitos constitucionais faz com que a interpretação das normas processuais seja orientada para a supremacia dos direitos fundamentais. A proposta diverge do espírito individualista capitalista que hipervaloriza as produções empresariais, fazendo-as intangíveis às exigências éticas<sup>57</sup>.

Como contrapartida ao atual momento histórico de eliminação das instituições de limitação do poder político e econômico<sup>58</sup>, a tutela constitucional dos direitos fundamentais sobre a ciência do direito pode estabelecer controles institucionais fortes e capazes de dignificar a vida em sociedade.

---

<sup>55</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 14.

<sup>56</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25.

<sup>57</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 538-539.

<sup>58</sup> *Id. Ibidem*, p. 527.

As idéias de Cappelletti e Garth, antes comentadas, orientaram-se a esse objetivo, pois guiaram a reestruturação de uma parcela da ordem jurídico-processual ao assentamento dos regimes democráticos e sugeriram novo enfoque sobre a ciência. As soluções a serem formuladas, então, não se limitam à questão do acesso aos tribunais, mas a todo sistema jurídico.

*Ao visualizarmos o Direito Processual Civil por meio de lente do acesso à Justiça, temos que fazer aflorar toda uma problemática inserida num contexto social e econômico. Daí a necessidade de o processualista socorrer-se de outras ciências, bem como de dados estatísticos, a fazer refletir as causas de expansão da litigiosidade, bem como os modos de sua solução e acomodação. O processualista precisa certificar-se de que toda técnica processual, além de não ser ideologicamente neutra, deve estar sempre voltada a uma finalidade social.*<sup>59</sup>

A finalidade social não pode ser compreendida senão como o embrião a enraizar a supremacia dos direitos fundamentais, pois esse é o proposito núcleo principiológico constitucional. O processo civil oportuniza a organização do acesso a todo direito, não apenas aos tribunais.

Nessa vereda, Ada Pellegrini Grinover propôs mais ampla compreensão do acesso à justiça, para extrapolar a limitação tradicional de acesso ao Poder Judiciário, e delineá-lo como *acesso a um processo justo*. Exatamente por isso maximizou a importância do processo – é um direito do qual depende a viabilização dos demais.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 24-25.

<sup>60</sup> GRINNOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 244.

Dinamarco, em *A instrumentalidade do Processo*<sup>61</sup>, ampliou a área de abordagem do direito processual a outros escopos jurisdicionais como o social, o político e o jurídico. A partir de então, abandonam-se dogmas positivistas e propõe-se a compreensão de um instrumento maleável e adaptado à realidade.

Impede ao profissional de qualquer atividade ter a consciência de que se vive um momento de mudança. Para tanto, a opção pelo itinerário toma importância astronômica. Na atual sociedade, é cada vez mais comum se chocarem concepções de mundo contrastantes, o que vem a determinar o aumento dos conflitos e o tumulto das tradicionais relações sociais.

Na solução do embate que segue, toma notável relevo a adoção de referenciais comuns a nortear o convívio entre tantas ideologias. Assim, nessa época de transformações, temos o momento ideal para se afirmarem os direitos humanos como realidade concreta, guiando práticas e teorias.

O desrespeito à igualdade de oportunidades para fazer valer direitos – caráter socioprocessual – acarreta na distribuição deficitária das práticas de direitos humanos. Assim, não se oportunizam condições de vida em dignidade a todos, mantendo-se estruturas de segregação no centro da ordem jurídica.

Hoje, são tantas as mazelas sociais que é desnecessário citá-las. A miséria se banalizou e uma visão formal de direito pouco coopera para o esborramento dessas chagas. Em contrapartida, temos esse

momento para redirecionar a história. A pós-modernidade oferece não só o convívio entre mundos de diferentes coloridos, o seu encanto está na oportunidade que esses novos conhecimentos nos entregam de romper com modelos insensíveis. Bastam, para isso, a capacidade de revoltar-se, a coragem e a criatividade para mudar. Basta optarmos pelos Direitos Humanos.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. *Princípio da demanda nas ações coletivas do Estado Social de Direito*. In: Revista da Ajuris, n. 98, 2005
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002,
- BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJEA, 1964
- CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: EJEA, 1960
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003,
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie. Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris Editor, 1988.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil. v. I*. Tradução por J. Guimarães Mengale. São Paulo: Saraiva, 1969.

<sup>61</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINNOVER, Ada Peregrinni. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FERREIRA, Pinto. *Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos*. In: GRAU, Roberto Eros; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (orgs.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FLACH, Daisson. *Processo e realização constitucional: a construção do ‘devido processo’*. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada. *Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. José Maria Rosa Tesheimer*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.
- GRINNOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- HABSCHEID, Walter. *As bases do direito processual civil*. Revista de Processo, São Paulo, n.1, v. 11-12, p. 117-145, jul. dez. 1978.
- HELLER, Agnes. *O Cotidiano e a História*. Rio de Janeiro: Paz e Terra Filosofia, 1970.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no Processo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21-22.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e tutela jurisdicional*. In Revista da Ajuris, n. 98, 2005, p. 11.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. In: *Do formalismo no processo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 260-274.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual*. Revista da Ajuris, n. 33, 1985.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em: 27 jul. 2005.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia: O paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SILVA; Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. *Considerações sobre as garantias constitucionais do acesso ao Judiciário e do contraditório*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *Elementos para uma nova Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TUCCI, José Rogério Cuz e. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*. Revista de Processo, São Paulo, n. 66, 1973.
- WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. v.2. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977
- WAMBIER; Luiz Rodrigues (Org). *Curso Avançado de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005