

A EFETIVIDADE DO PROCESSO – UMA VISÃO EVOLUTIVA

Cláudia Gevaerd

Aluna do Curso de Direito da Famec

Monitora de Processo Civil

claudinha@bighost.com.br

Nas civilizações antigas desprovidas de um Estado que garantisse uma convivência social harmônica, a repressão aos conflitos era regida pela autotutela. No entanto, a insatisfação deste procedimento tornou-se presente, fazendo com que os indivíduos buscassem soluções parciais ou amigáveis dos seus conflitos através de pessoas de confiança mútua. Assim afirma Araken de Assis:

A justiça de mão própria – autotutela – se afigura inadequada, pois, provavelmente, produzirá resultados que não correspondem à pauta aceita e praticada nas relações sociais híidas. Imperará, em geral, a vontade do litigante mais forte. A marcha histórica deste meio endereça-o, conseqüentemente, ao desaparecimento. (2007, P. 70).

A sociedade se estrutura, o Estado se formaliza, assumindo para si o poder de ditar as regras e compor os litígios. É no período romano que o Estado se fortalece, determinando regras vinculativas, completando a evolução de uma justiça privada para a pública.

O período das *legis actiones*, que corresponde aproximadamente de 754 a.C. até 149 a.C., caracteriza-se por haver uma “verdadeira identificação da ação com a lei” (ALVIM, 2005, p. 42) ou do direito e a ação. No período do processo formulário, apesar do processo ser oral, inicia-se a escrita de fórmulas que o *praetor* fornecia aos litigantes. Mas é no período da *extraordinária cognitio* que se trasladou definitivamente a solução de conflitos, do direito público para o privado.

O processo germânico, basicamente, visava a composição da violação de um direito, confundido o processo civil com o penal; caracterizava-se por ser escrito, complexo e lento.

O direito canônico contribui para o direito comum e marca a Idade Média. Até a segunda metade do século XIX, o processo consistia em formalidades para a busca do direito material.

É somente em 1868, com a publicação da obra: “*Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*”, que Oskar Von Bülow renova os estudos do direito processual,

com conceitos sobre a teoria dos pressupostos processuais e formulação de princípios fundamentais, como afirmam Dinamarco, Grinover e Cintra:

...em seu famosíssimo livro 'Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias', unanimemente considerada como a primeira obra científica sobre direito processual e que abriu horizontes para o nascimento desse ramo autônomo na árvore do direito e para o surgimento de uma verdadeira 'escola sistemática' do direito processual civil. (2005, p. 288).

O Estado-juiz que resolve os conflitos, por meio dos juízes, para atingir o escopo da pacificação social, o faz, através do processo. Buscam-se, então, mecanismos mais rápidos e eficazes para regular as relações intersubjetivas.

Assim, a partir do século XX, Guiseppe Chiovenda, de forma pioneira, caracteriza a jurisdição como sendo uma função estatal, cuja intenção é a realização das normas do direito objetivo, ou seja, o Estado, substitui a vontade das partes e aplica a lei ao caso concreto. Em resumo:

Coerentemente, CHIOVENDA acaba por definir a jurisdição como sendo a função estatal que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, mediante a substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, quer para afirmar a existência da vontade da lei, quer para torná-la praticamente efetiva. (MARCATO, 2007).

Desta forma, surge a teoria dualista que define a separação do ordenamento jurídico em direito material, que dita as regras, e direito processual, que é a aplicação da lei ao caso concreto. No entanto, apesar de considerar que o legislador ao dar precisão ao processo, insere uma segurança na satisfação do direito, sua teoria não se mantém, como a seguir delineado por Carlos Antônio Marcato:

A insuficiência da teoria de Chiovenda torna-se notória quando observada à luz de uma Teoria Geral do Processo, pois como explicar a substituição da atividade das partes no caso do direito penal sem se cair na consideração de uma "vindita privada", desde muito banida do direito? Ademais, a moderna compositura dos direitos transindividuais, difusos e coletivos denota uma publicização da visão do direito material e do direito processual, incompatível com a construção chiovendiana que demonstra uma visão, como de resto ocorre na doutrina continental européia, baseada em uma ótica privatista. (2007)

Em contraposição, Francesco Carnelutti, partindo de sua idéia de lide, que define como sendo um conflito de interesses por uma pretensão resistida, caracteriza a função estatal como sendo a justa composição da lide. Nesta esteira, partidário da teoria unitária, entende que:

...o direito objetivo não tem condições para disciplinar sempre todos os conflitos de interesses, sendo necessário o processo, muitas vezes com a complementação dos comandos da lei...Para quem pensa assim ('teoria unitária' do ordenamento jurídico), não é tão nítida a cisão entre o direito material e o direito processual: o processo participa da criação de direitos subjetivos e obrigações, os quais só nascem efetivamente quando existe uma sentença. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 41).

Desta forma, o direito processual que é composto por um conjunto de princípios e normas que disciplinam a atuação do Estado-juiz, tem como função jurídica servir de instrumento ao direito material.

A partir da segunda metade do século XX, verificou-se que, embora direito e processo sejam disciplinas autônomas, deveriam estar ligadas para conferir efetividade à prestação jurisdicional, como entendido por Ada Pellegrini Grinover, em sua obra:

O processo, que até então era examinado numa visão puramente introspectiva e visto costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização do direito material, passou a ser examinado em suas conotações deontológicas e teleológicas, aferindo-se, os seus resultados, na vida prática, pela justiça que fosse capaz de fazer... Partiu, assim, a doutrina processual brasileira para a etapa 'instrumentalista' do processo. (1998, p. 06).

A instrumentalidade, como nova fase do processo, forma um direcionamento à atividade processual. Assim, o processo passa a ser entendido como um meio para alcançar um fim: "...qual seja: a pacificação do conflito por meio de uma solução mais justa, útil, eficiente, célere e econômica possível" (TEIXEIRA, 2007, p. 59). Ao falar em instrumentalidade da norma processual, deve-se entender que há uma interdependência entre o direito material e processual de tal forma que não poderiam existir de forma isolada.

Em 1987, Cândido Dinamarco, em sua tese sobre a instrumentalidade do processo, destaca os seguintes aspectos, inseridos na obra de Ada Pellegrini Grinover:

a) falar em instrumentalidade exige que se esclareçam os fins a serem atingidos pelo instrumento considerado: os escopos jurídico, social e político da jurisdição (ou do processo como sistema) – escopo jurídico, de atuação dos direitos materiais; escopo político, de participação; escopo social, de pacificação com justiça; b) é preciso extrair do caráter instrumental do processo os desdobramentos teóricos e práticos, colocando o processo em seu devido lugar, evitando os males do exagerado 'processualismo' (como aspecto negativo da instrumentalidade) e cuidando ao mesmo tempo de predispor o processo e seu modo de uso de maneira tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados (aspecto positivo da instrumentalidade). Nesse enfoque, sem transigir quanto à autonomia do direito processual, relativiza-se o binômio "substância-processo"; c) sem renegar as conquistas teóricas do período de apogeu técnico-científico do direito processual, devem elas ser canalizadas para um pensamento crítico e inconformista, de modo

que, sem prejuízo da introspecção do sistema, este seja também encarado de ângulos externos (seus escopos). (1998, p. 11).

A fase instrumentalista necessita de novos vislumbres para continuar a busca da justiça social; é preciso ampliar o seu entendimento, de um foco interno para uma coletividade de consumidores. O direito processual desenvolve-se em direção a um direito processual constitucional.

Afirma João Carlos Zolandeck, em sua obra:

A instrumentalidade do processo representa a íntima ligação entre o direito processual e o direito material; aquele, como instrumento para a realização deste, cujo encontro se faz através de uma leitura constitucional do processo, com vistas as amplo e irrestrito acesso à justiça, aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. (2005, p. 14).

Desta forma,

a Constituição constitui um terreno de unificação entre esses dois planos, quando declara não só o aspecto substancial do direito, mas também o da sua tutela, conferindo, a esta, garantia constitucional...Deve o processo, portanto, ser interpretado e aplicado a partir do disposto na Constituição, e essa é uma premissa inegociável para a boa compreensão do sistema de normas processuais. (OLIVEIRA, 2007, p. 323)

Apesar de já se vislumbrar a garantia de uma razoável duração do processo na Constituição pátria através do artigo 5^o, incisos XXXIVⁱⁱ, XXXVⁱⁱⁱ, LIV^{iv} e LV^v, de maneira implícita, a garantia do acesso à justiça era meramente formal, com reduzidos efeitos práticos.

As reformas buscam mecanismos capazes de oferecer a efetiva tutela jurisdicional, possibilitando a todos os efeitos dessa proteção.

É com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe modificações no texto da Constituição de 1988, principalmente quanto à inclusão do inciso LXXVIII^{vi} no art. 5^o, que se concretiza a efetividade. Explicitou-se, na Constituição, uma garantia de uma adequada e tempestiva tutela jurisdicional que culmina com a efetividade do processo, como afirma Fábio Martins de Andrade (2007, p. 177) “o mandamento constitucional, em síntese, expressa o sentido de que a prestação jurisdicional deve ser entregue de maneira eficaz e tempestiva, qualquer que seja o seu resultado.”

Modernamente, a instrumentalidade e a efetividade são idéias que se completam, pois para ser efetivo, o processo deve servir de instrumento. No entanto, a preocupação dos

processualistas está voltada especificamente à efetividade do processo, cujos pontos essenciais serão a seguir delineados:

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos (e às outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, resultem eles de expressa previsão normativa, ou inferíveis do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem), inclusive quando indeterminado o indeterminável o círculo de sujeitos; c) é preciso assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatores relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto possível, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o pleno gozo da utilidade específica a que faz jus segundo o ordenamento; e) esses resultados hão de ser atingidos com o mínimo dispêndio de tempo e energia. (MOREIRA apud GRINOVER, 1998, p. 10-11^{vii}).

Portanto, pode-se resumir que os aspectos relevantes na efetividade do processo são: “(a) o acesso à justiça; b) modo de ser do processo; c) critérios de julgamento (ou ‘justiça nas decisões’) e d) a efetivação dos direitos (ou ‘utilidade das decisões’)” (GRINOVER, 1998, p. 11).

O acesso à justiça não deve ser entendido como sendo a mera possibilidade de ingresso em juízo, mas, que o maior número possível de pessoas possam demandar e defender-se, tendo em vista que é uma garantia constitucional. Esta garantia deve abranger o barateamento de custas e a implantação de Defensorias Públicas em todos os Estados. É neste sentido o entendimento de Deilton Ribeiro Brasil:

Assim, o direito à tutela da jurisdição, instrumentalizado pelo devido processo legal, não consiste no ‘mero acesso à jurisdição’, mas na possibilidade de uma ‘completa’ e ‘efetiva’ defesa diante de qualquer juízo, o que representa o direito ao juiz natural e o direito de não ser considerado culpado enquanto não houver condenação definitiva. Por isso a garantia da tutela jurisdicional se resolve na garantia de que somente o juiz, dentre os órgãos do Estado, pode julgar, dentro dos princípios do devido processo legal, acerca da dignidade de alguém. (2003, p. 46).

Neste sentido, a Constituição de 1988 avançou no intuito de proteger os interesses coletivos e difusos, como nas questões ambientais e na Defesa do Consumidor.

O Estado deve conduzir o processo em tempo razoável e necessário para a realização dos atos. Todavia, bem afirma Gustavo Rabay:

De um lado, a demora no processo representa a falibilidade do Direito na proteção das situações concretas que sofrem deformações com o decurso do tempo. De outro, o açodamento dos ditos provimentos sumários ou medidas de cognição parcial resulta na fragilização da ampla defesa e do estabelecimento do contraditório, fazendo ruir o adrede consolidado edifício do devido processo legal. (2006, p. 52).

Portanto, entende-se que a razoável duração do processo deve também ocorrer sem óbices ao escopo maior, que é a adequada tutela jurisdicional. Neste sentido, entende Alexandre Ávalo Santana (2007, p. 51) que o “princípio da razoável duração do processo”, “não se pode confundir duração razoável com celeridade a todo custo, sob pena de que ao argumento de uma rapidez exacerbada ponha-se em risco a segurança jurídica...”

A segurança jurídica, num sentido amplo, deve ser entendida como o escopo do Estado Democrático de Direito, pois garante a estabilidade de atos emanados dos três poderes do Estado. Desta forma, inserido no artigo 5, LXXVIII,

a segurança jurídica representa a previsibilidade e a certeza da proteção do direito na conformidade das expectativas e necessidades humanas, essa proteção não deve verter-se somente à idéia apriorística de acesso à Justiça, mas igualmente ao direito à efetividade e à tempestividade da tutela jurisdicional, numa perspectiva concretista. (RABAY, 2006, p. 53).

Conclui-se que para assegurar a efetividade do processo há necessidade de promover meios capazes, através da adaptação ou reformulação de formas e procedimentos, como afirmado por Humberto Theodoro Júnior:

Há de se encontrar na sua compreensão e no seu uso a técnica que se revele mais adequada para que o instrumento produza sempre o resultado almejado: ‘a solução das crises verificadas no plano do direito material é a função do processo’, de sorte que quanto mais adequado for para proporcionar tutela aos direitos subjetivos de natureza substancial, mais efetivo será o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual. (2006, p. 20).

A busca da efetividade do processo culminou com reformas do Código de Processo Civil, com a edição das Leis: 11.187/2005, que trata da nova lei do Agravo:

Como regra geral, a nova redação dos arts. 522 e 527, II do Código de Processo Civil implica a necessidade de, salvo situações de lesão grave e de difícil reparação, o advogado apresentar agravo na modalidade retida, o que significa que a decisão recorrida do juiz de primeira instância, a priori, não poderá ser submetida a uma análise imediata por parte do tribunal.” (MEDEIROS NETO, 2006, p. 74).

Lei 11.232/2005 modifica o processo de execução dos títulos judiciais, de forma que o processo de conhecimento e o de execução não se encontrem mais separados:

...ocorrerá prosseguimento do processo em uma nova fase destinada à satisfação do crédito exequendo, ou seja, não mais será instaurado um novo processo de execução, o que, obrigatoriamente, implicava todos os consectários relacionados à autuação e

distribuição de um novo feito, com todos os entraves relacionados à burocracia da máquina judiciária. (GOLDBERG, 2006, p. 44).

A Lei 11.276/2006, dentre algumas alterações, institui a súmula impeditiva de apelação; ainda apresentam-se as Leis: 11.277/2006, que trata da sentença emprestada visa reduzir julgamentos idênticos:

Em outras palavras, a atualmente chamada ‘sentença emprestada’ é o instituto jurídico pelo qual o juiz de primeira instância, quando do despacho da vestibular, dispensa a formação da relação processual e reproduz sentença meritória improcedente, exarada anteriormente, no mesmo juízo, de casos idênticos e repetidos, toda vez que a matéria controvertida na exordial for unicamente de direito. Este mecanismo, originariamente, tem o escopo de evitar o inchado do judiciário por ações repetitivas, sem possibilidade de eito por total improcedência. (ATALA, 2006, p. 70).

A Lei 11.280/2006, altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependências, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

A Lei 11.341/2006 altera o parágrafo único do artigo 541 do Código de Processo Civil - Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973, para admitir as decisões disponíveis em mídia eletrônica, inclusive na Internet, entre as suscetíveis de prova de divergência jurisprudencial, para os fins do artigo 105, III, c, da Constituição Federal.

A Lei 11.382/2006 altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos.

A Lei 11.417/2006 regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal, para disciplinar a edição, revisão e cancelamento de súmulas com efeito vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

A Lei 11.418/2006 regulamenta o art. 102, § 3º, da Constituição Federal, para disciplinar o procedimento para exame da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

A Lei 11.419/2006 dispõe sobre a informatização do processo judicial e dá outras providências.

A Lei 11.441/2007 altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, admitindo a realização de inventário e partilha extrajudiciais.^{viii}

Além das novas legislações que serão editadas.

Neste cenário, a busca da efetividade do processo, atendendo ao princípio da celeridade processual, introduzida através do artigo 5º, inciso LXXVIII, apesar de tratar-se de norma programática é “*precisa e de auto-aplicação*”, como afirma o Ministro José Augusto Delgado, citado por Fabio Martins de Andrade (2007, p. 180).

Portanto, a concepção do direito processual, ao ter seu direcionamento traçado pela Constituição Federal, como delineado ao logo do texto, deve ser compreendida como Direito Constitucional Processual.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. v.1: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ANDRADE, Fábio Martins. Ensaio sobre o inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88. **Revista de Processo**, p. 180, maio 2007.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11.ed.rev., ampl. e atual. com a Reforma Processual -2006/2007- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ATALA, Danilo Pires. Sentença emprestada. **Revista Justilex**, v. 5, n. 53, p. 70, maio 2006.

BRASIL, Deilton Ribeiro. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOLDBERG, Ilan. Processo de execução. **Revista Justilex**, v. 5, n. 56, p. 44, ago. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

MARCATO, Carlos Antônio. Breves considerações sobre jurisdição e competência. **Jus Navegandis**. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2923>. Acesso em: 08 out. 2007.

MEDEIROS Neto, Elias Marques. A nova lei do agravo. **Revista Justilex**, v. 5, n. 53, p. 74, maio 2006.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. **Revista dos Tribunais**, v. 32, n. 146, p.323, abr. 2007.

RABAY, Gustavo. O princípio constitucional da razoável duração do processo. **Revista Justilex**, v. 4, n. 50, p. 52, fev. 2006.

SANTANA, Alexandre Ávalo. A nova concepção do processo. **Revista Justilex**, v. 4, n. 66, p. 51, jun. 2007.

TEIXEIRA, Guilherme Puschalski. O art. 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução. **Revista dos Tribunais**, v. 32, n. 147, p. 59, maio, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. **Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor**. Curitiba: Juruá, 2005.

ⁱ CF 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:...*”

ⁱⁱ CF art. 5º, XXXIV: “*são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal;*”

ⁱⁱⁱ CF art. 5º, XXXV: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*”

^{iv} CF art. 5º, LIV: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*”

^v CF art. 5º, LV: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*”

^{vi} CF art. 5º, LXXVIII: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*”

^{vii} MOREIRA, Barbosa. *Temas de Direito Processual, Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

^{viii} Senado Federal. Disponível em < <http://legis.senado.gov.br> > Acesso em 17/10/2007.