

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadora: Flavia Piva Almeida Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-342-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Curitiba entre os dias 07 a 10 de dezembro de 2016, e teve como temática "Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores no Estado Democrático de Direito".

Neste Grupo de Trabalho, foram discutidos variados problemas envolvendo a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais. Diante de um complexo catálogo constitucional de direitos fundamentais, os estudos aprofundaram o olhar sobre as várias dimensões protetivas desses direitos. Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, têm-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III. Coordenado pela professora Flávia Piva Almeida Leite, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas a problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões que envolvem

grupos vulneráveis, como as pessoas com deficiência (1 e 2), teoria geral dos direitos e garantias fundamentais (3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 12) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (13, 14 e 15).

1. A NECESSIDADE DE REFORMA INSTITUCIONAL BRASILEIRA POR MEIO DA EFETIVAÇÃO DA INCLUSÃO DOS DEFICIENTES ATRAVÉS DA LEI DE COTAS.

2. ACESSIBILIDADE DIGITAL: DIREITO FUNDAMENTAL PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE DOS VOTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF. Nº 54

4. DISTANÁSIA: ENTRE O PROLONGAMENTO DA VIDA E O DIREITO DE MORRER DIGNAMENTE

5. MARGINALIZAÇÃO: CONDUZIDAS PELO ANALFABETISMO E PELA (IN) DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

6. OS DIREITOS REPRODUTIVOS NA ERA DA BIOTECNOLOGIA: REFLEXÕES ÉTICO-JURÍDICAS ACERCA DA LIBERDADE DE PROCRIAÇÃO FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

7. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM PROL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

8. O ACOSSO PSÍQUICO (ASSEDIO MORAL) COMO AGENTE NOCIVO PSICOLÓGICO PRESENTE NO AMBIENTE LABORAL – INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO

9. A DESJUDICIALIZAÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM ESTUDO SOBRE AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS NOVOS INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS

10. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA SOCIEDADE COMO GARANTIDOR DO DIREITO

11. APLICAÇÃO DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 713.211-MG, SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM

12. DE FORA, DE CIMA E DE BAIXO – TODOS OS SENTIDOS DA DIGNIDADE NO DISCURSO DOS DIREITOS.

13. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM PERNAMBUCO APÓS A AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE QUANTITATIVA DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

14. TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE FIM: O PROJETO DE LEI Nº 4330/2004 E SUAS CONSEQUÊNCIAS NOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DOS TRABALHADORES

15. A EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES: UM OLHAR SOBRE AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO ESPAÇO VIRTUAL

Esses artigos são, portanto, a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstram quão instigante e multifacetada podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXV Congresso Nacional do CONPEDI.

Desejo boa leitura a todos.

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite - FMU

O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA SOCIEDADE COMO GARANTIDOR DO DIREITO

THE DUE PROCESS OF LAW AS GUARANTEE OF THE LAW

Heitor Filipe Men Martins ¹
Ivan Aparecido Ruiz ²

Resumo

O princípio do devido processo legal, enquanto direito fundamental, representa a possibilidade de efetivação das normas jurídicas diante do conflito de interesses, de modo que auxilia na plena concretização do Direito e é essencial para o efetivo acesso à justiça. Assim, o presente artigo tem por objetivo expor este princípio a partir da evolução histórica do processo, a qual esteve intimamente relacionada à tutela dos interesses. Neste estudo foram utilizados elementos doutrinários e revisão literária, além dos métodos dedutivo, histórico e comparativo. Conclui-se, portanto, que o devido processo legal é elemento essencial para a garantia do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Devido processo legal, Direito fundamental, Justiça estatal, Sociedade, Instrumentalidade do processo

Abstract/Resumen/Résumé

The due process of law can be defined as the possibility of execution of legal rules on conflict of interest, and because of it, helps in the full implementation of the law and is essential to effective access to justice. Thus, this article aims to expose this principle from de historical evolution of the process, which was closely related to the protection of interests. In this study, legal doctrine elements and literature review were used, beyond the deductive, historical and comparative methods. Therefore, it is concluded that the due process of law is essential to guarantee the democratic rule-of-law state.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Due process of law, Fundamental right, State justice, Society, Instrumentality of the process

¹ Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Mestrando em Ciências Jurídicas pelo UniCesumar, especialista em Direito Civil e Empresarial pelo Damásio Educacional. Advogado em Maringá, Paraná.

² Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Doutor pela PUC/SP, Mestre pela UEL/PR, Professor Associado da UEM/PR e do Programa de Mestrado do UniCesumar

INTRODUÇÃO

O devido processo legal possui grande relevância para a sociedade e para todas as relações existentes entre as pessoas, eis que é imprescindível que a efetivação dos direitos seja materialmente assegurada. Isto porque é por meio do processo que as pessoas podem pleitear perante Estado-juiz a concretização dos interesses que se encontram positivados e que podem ter sido violados no meio social.

Assim, sob a perspectiva de que o processo possui uma finalidade social, resta evidenciada a sua instrumentalidade, pois o processo possui por escopo de dar efetividade às garantias constitucionais e, diante disso, possui uma íntima relação com a sobrevivência da sociedade como um todo, pois, caso contrário, poder-se-ia instalar o caos social, a anarquia.

Ao se constatar que a jurisdição é necessária para a efetivação da justiça e que o Estado possui, entre seus objetivos, garantir que coexista vida em harmonia, surge a necessidade de determinar quais são estes reflexos sociais, o que justifica o presente estudo. É, portanto, matéria e conteúdo que interessa a toda a sociedade, entendida como agrupamento organizado.

O Estado possui, incontestavelmente, interesse próprio na concretização dos interesses privados, eis que com a autonomia dos assuntos relacionados ao direito processual a justa condução do processo significa maior respeitabilidade às normas.

Para a elaboração do presente trabalho, foram utilizados os eixos teóricos apresentados pelos doutrinadores Francesco Carnulutti, Giuseppe Chiovenda, Norberto Bobbio e Cândido Rangel Dinamarco, por meio de revisão literária, a fim de analisar os reflexos sociais do devido processo legal como garantidor da justiça.

Objetiva-se, desta forma, justificar os movimentos que envolvem a instrumentalidade do processo e efetivação dos direitos, eis que sob a ótica do devido processo legal, o direito deve se tornar efetivo.

2 O DIREITO E A CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE

A partir da análise do conjunto social e dos fenômenos que integram o meio de convivência das pessoas, três “instituições” auxiliam na compreensão do próprio princípio do devido processo legal, quais sejam a *Sociedade*, o *Direito* e o *Estado*.¹

¹ Nesse contexto, é conhecida a velha parêmia latina *ubi societas, ibi jus*, que pode assim ser traduzida, no campo do Direito, “Onde (está) a sociedade aí (está) o direito”.

Não se afigura possível analisar o Direito e seus reflexos sem antes conhecer e visualizar a forma como ocorre a sua inserção perante os indivíduos, por intermédio da sociedade e do Estado. E nesta mesma perspectiva se verifica que não é unânime na Doutrina a compreensão de tais termos e nem a sua colocação histórica, ou seja, qual instituto antecede o outro.

Aristóteles (2000, p. 146), em sua obra, “Política”, afirma que o homem é um animal político, de modo que existe interdependência entre todos os seres, isto é, o homem apenas vive, pois estabelece relações com o outro. Posteriormente, São Tomás de Aquino reforça tal pensamento ao expor que o homem na sociedade antiga era um animal eminentemente social e político, de modo que a própria sociedade constituiria um elemento essencial para a sua sobrevivência.

[...] o homem é, por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que se evidencia pela natural necessidade (AQUINO apud RICCITELLI, 2007, p. 4).

Assim sendo, há de se observar que a sociedade surgiu quando os próprios seres decidiram se organizar e formar uma aliança para estabelecer relações políticas, econômicas e sociais. Na realidade a sociedade surge a partir do primeiro contato entre duas pessoas, quando um ser sai de sua individualidade e busca o outro para que juntos possam viver em harmonia e em colaboração mútua.

Neste diapasão, ressalte-se que *sociedade civil* é diferente de *sociedade política* que é diferente de *sociedade familiar*, sendo que a primeira e a segunda advieram da terceira. Isto porque, ao nascer, o ser humano já é inserido em uma sociedade, pois depende do outro ser humano para se alimentar e sobreviver. É neste primeiro contato que surge a sociedade familiar.

Posteriormente, diante da necessidade de convivência com outras famílias e por uma relação de dependência, o homem sai do seu vínculo familiar e passa a se relacionar com os seres das outras famílias, criando com isso a sociedade civil, a qual não possui organização, mas apenas relações interpessoais de convivência.

Conforme entendimento de HEGEL (1996, p. 50), sociedade civil poderia ser tida como uma massa informe e anárquica que adveio da fragmentação da família, sendo que apenas se desenvolveria em sociedade política a partir do contato com o Estado.

[...] sociedade política é, destarte, aquela que tem em mira a realização dos fins daquelas organizações mais amplas que o homem teve necessidade de criar para enfrentar o desafio da natureza e das outras sociedades (BASTOS, 2004, p. 20).

Para Immanuel Kant – 1724-1804, filósofo prussiano – a sociedade civil seria tida como a saída legal e organizada do estado de natureza, enquanto que para Jürgen Habermas (1981, p. 40), filósofo e sociólogo alemão, a sociedade civil teria por base o sistema de necessidade, como uma forma de interação comunicativa.

Desta forma, se observa que a ideia de Estado advém do anseio da sociedade civil por sua organização, vez que com a figura do Estado, as pessoas poderiam viver harmoniosamente e os possíveis conflitos de interesses seriam sanados.

Giuseppe Chiovenda (1998, p. 17) – 1872-1937, jurista italiano –, ao entender que o Estado possui uma função dúplice, qual seja: promover a conservação dos sujeitos jurídicos e regular a atribuição dos bens da vida aos diferentes sujeitos, procura expor que o Estado deve defender e precaver o meio social.

E é justamente nesta perspectiva de defesa do indivíduo em sua vivência social que emerge a sua íntima relação com a ideia de Direito, porquanto “o Estado é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social” (2013, p. 23).

Dada a dificuldade em sua diferenciação, surgiram três teorias para explicar a relação entre o Direito e o Estado.

A primeira delas é a Monista, segundo a qual o Direito e o Estado confundem-se em uma só realidade, eis que, seguindo a ideia de Rudolf Von Ihering – 1818-1892, jurista alemão –, é o Estado que dá vida ao Direito por meio de sua força coativa.

Já a teoria dualista entende que o direito e o Estado são realidades distintas, sendo que apenas se confundem quando existe o direito positivado, que são as normas jurídicas colocadas no seio social que devem ser respeitadas pelos indivíduos que lá vivem conjuntamente. Porém, o Direito é anterior ao próprio Estado, eis que se trata de normas básicas de coexistência, que independem de uma prévia estipulação ou interposição do órgão representativo e que impõe sanções, no caso, a figura do Estado.

Por fim a teoria do paralelismo, defendida por Giorgio Del Vecchio – 1878-1970 filósofo e acadêmico italiano –, entende que Direito e Estado são realidades distintas, mas que vivem em relação de interdependência.

Uma vez difundida a ideia de que o Estado possui laços significativos com o Direito, cumpre analisar a conceituação deste último e sua relação com a sociedade.

O direito pode ser compreendido como uma ordem da conduta humana, sendo que para Hans Kelsen (2005, p. 5), por “ordem” entende-se como um sistema de regras, um conjunto de relações jurídicas, e não de apenas uma regra aplicável. Contudo, o filósofo ao ressaltar que o

Direito está relacionado à conduta humana não deseja que se vincule a ideia de que ele apenas existe nesta condição, mas que existem outras formas de o enxergar, eis que, para ele, o Direito traça a premissa de que toda regra jurídica obriga as pessoas a observarem certa conduta sob certas circunstâncias.

Ora, se Direito está relacionado a ideia de ordem, é importante observar que Norberto Bobbio, influenciado por Hans Kelsen, difundiu ideia de que o sistema de normas constitui o ordenamento jurídico, ou seja, “[...] as normas jurídicas não existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas que guardam relações entre si [...]” (BOBBIO, 2014, p. 36), que é justamente a ideia de ordenamento.

Desta forma, para o autor, norma jurídica poderia ser compreendida como aquela norma “[...] cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada” (BOBBIO, 2014, p. 42), ou seja, é com base nessa argumentação que Norberto Bobbio entende que para que haja Direito, é preciso que exista uma organização (um completo sistema normativo, que é justamente a positividade dos direitos).

Em outro viés, Francesco Carnelutti, seguindo a ideia positivista, entende que o Direito sugere a ideia de legislação, de modo a corresponder ao “conjunto de normas que regula a conduta dos homens” (CANELUTTI, 2006, p. 9).

O legislador, nesta perspectiva, formula as leis, e o juiz as aplica – e por aplicar pode-se entender a situação em que uma lei é confrontada com uma situação de fato, e exatamente disso advém a ideia do *fato*, *valor* e *norma* da Teoria Tridimensional de Miguel Reale (2000, p. 32). Porém, Francesco Carnelutti ainda afirma que embora os juristas sejam os operários do Direito, não existe a necessidade de um treinamento específico para a aplicação das leis no dia-a-dia, de modo que o Direito está além do mero processo.

O Direito, então, estaria relacionado a impedir que o homem viva em guerra, já que guerra é desordem (o que coaduna com a ideia de que Direito, estado e política surgiram no mesmo contexto de propiciar o pleno desenvolvimento do homem). Ora, é de Francesco Carnelutti (2006, p. 15) a frase: “O segredo do direito está exatamente nisso: que os homens não devem viver no caos”.

Se a função do Direito é dar ordem e impedir que haja guerra em face do conflito dos interesses, o Estado chama para si o poder, a função e a atividade de analisar os casos e submetê-los a sua análise (e é neste ponto que entra o processo, como forma de garantir a paz [e harmonia] social e a segurança das pessoas), eis que “[...] onde impera o direito, desaparece a guerra e entra o ato ilícito em seu lugar” (CANELUTTI, 2006, p. 25).

Em face destes objetivos, o que se verifica é que o problema do Direito não se esgota com a elaboração das leis e normas jurídicas, mas de fazer com que as leis sejam executadas depois de serem elaboradas. Por assim o ser, o juízo acaba por se tornar um dos institutos fundamentais do Direito (sendo que modernamente utiliza-se o termo processo para falar acerca do juízo).

O juízo sugere, incontrovertidamente, a figura do juiz, pois sem o juiz e o processo a lei não poderia ser aplicada e o caos retomaria seu posto e haveria desordem. E diante deste caos, o Direito não conseguiria atingir o seu objetivo, que é o fim social da pacificação e organização. Logo, como conclusão tem-se que Francesco Carnelutti (2006, P. 56) entende que o Estado seria um produto do Direito, enquanto que por outro lado Thomas Hobbes – 1588-1679, matemático, teórico político e filósofo inglês – afirma que o Direito é imposto pelo Estado (Leviatã – os homens no estado de natureza vivem em constante guerra).

3 A SOCIEDADE E O PROCESSO

Conforme exposto no capítulo anterior, o ser humano possui uma vocação, que é a de viver associado a outros seres humanos da mesma espécie, consoante bem acentuou o filósofo grego, Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.). E esta necessidade de se manter em grupo advém de seus próprios interesses, pretensões e conflitos de interesses.

Necessidade relaciona-se a carência ou desequilíbrio, remetendo a ideia de que falta alguma coisa. Logo, para suprir esta carência, a pessoa se relaciona com os outros, possuindo com eles uma “relação de dependência” (CARNELUTTI, 1941). Contudo, para tanto, a pessoa precisa de certos elementos que correspondem aos bens da vida, tanto os bens materiais como os imateriais. Tais bens da vida devem possuir uma utilidade, que está relacionada justamente em satisfazer a necessidade do homem.

Diante disso, o homem, enquanto categoria única e universal, poderá ter, sobre o bem, certo interesse, que corresponde ao juízo formulado por um sujeito acerca da utilidade do bem para satisfazer a sua necessidade (ROCCO, 1969, p. 16).

José Eduardo Carreira Alvim faz uma analogia para explicar o interesse da pessoa ao afirmar que:

Assim, se o homem tem fome e tem alimento à sua disposição, para satisfazê-la, está numa posição de interesse; se, porém, tem fome, mas não tem alimento à sua disposição, não estará numa posição de interesse (ALVIM, 2001, p. 6).

Este interesse, contudo, poderá se dar de duas formas distintas, qual seja de forma mediata ou imediata.

O interesse imediato corresponde à situação em que se poderá satisfazer a necessidade do homem de forma direta. Já o interesse mediato depende de uma situação anterior, ou seja, para conseguir satisfazer a sua necessidade a pessoa precisa de um meio. É o caso trazido por José Eduardo Carreira Alvim, ao afirmar que um pão doado a um faminto é interesse imediato, enquanto que a aquisição de um pão (mediante a entrega do dinheiro), é interesse mediato. Contudo, há de se observar que os bens são limitados e que diversos homens possuirão as mesmas necessidades a serem satisfeitas pelos mesmos bens, de modo que a partir deste momento emergirá o conflito de interesses.

Ora, é inevitável para qualquer congregação social que ocorram conflitos de interesses, eis que, as pessoas, ao almejarem os mesmos bens e, por vezes, possuem interesses conflitantes entre si, acabam ocasionando choque de ideias que deve ser controlado.

O controle da situação e a resolução do conflito de interesses possui íntima relação com a estruturação do organismo social e com a vida em sociedade, eis que ao se permitir que o caos exista, a vida harmônica deixa de existir e, conseqüentemente, o Direito perde a sua eficácia, colocando em risco a vida do homem, pois este é um ser social que depende da sociedade para viver. Logo, ao se deparar com um possível conflito de interesses, nascerá entre as partes envolvidas uma pretensão, que corresponde ao poder de uma pessoa em almejar que seja garantido o seu direito frente ao outro, ou seja, a pretensão é a exigência de que o interesse alheio fique subordinada ao interesse próprio.

A pretensão é um ato, não um poder; algo que alguém faz, não que alguém tem; uma manifestação, não uma superioridade da vontade. Não só a pretensão é um ato e, portanto, uma manifestação de vontade, senão um daqueles atos que se denominam declarações de vontade (CARNELUTTI, 1950, p. 31).

Quando existe um conflito de interesses em que a pretensão de uma pessoa encontra resistência no outro, ocorre uma lide.

Quando existe uma lide, ela precisa ser solucionada, pois apenas desta forma é que a sociedade poderá se manter estruturada e que não exista comprometimento da paz social. E é neste momento em que o Estado é chamado a intervir nas relações e garantir a integralidade do Direito, socorrendo-se para tanto do processo.

Primeiramente há de se observar que no Estado Primitivo não havia uma preocupação com a criação de normas jurídicas, pois a sua incidência permaneceria a cargo da própria sociedade.

Na sociedade hodierna, conforme já exposto por NORBERTO BOBBIO (2014, p. 27), o Direito pode ser compreendido como um conjunto de regras que são obrigatórias para uma determinada sociedade, porque de sua violação surgirá a intervenção de um terceiro que dará uma sanção àquele que violou a norma.

E é nesta perspectiva que se verifica que o Direito se concretiza e torna-se efetivo – Direito em *stricto sensu* – por meio da intervenção de um terceiro².

Sob esta perspectiva, caso algum indivíduo pretenda um *bem da vida* e encontre alguma resistência social, poderá formular um pedido embasado na vontade concreta da lei. E é justamente neste ponto em que age o processo civil, pois ele não busca tornar concreta a vontade da lei - pois já se formou como vontade concreta antes do ajuizamento da ação -, mas certificar qual seja a vontade afirmada pelo autor (CHIOVENDA, 1998, p. 19). Contudo, frise-se que a ideia de processo deve ser compreendida como o procedimento, o rito pelo qual os acontecimentos devem ser analisados, a fim de resolver a lide, sendo que o processo civil judicial corresponde a quarta etapa de desenvolvimento da resolução dos casos.

Isto porque, historicamente falando, em um primeiro momento os conflitos de interesses entre particulares eram resolvidos mediante o uso da *força* (por meio da *autotutela*); após, passa-se ao arbitramento facultativo, em que a vítima pode escolher ao invés da força física, pedir reparação material pelos danos sofridos; em seguida, existe o arbitramento obrigatório, em que os litígios eram resolvidos por terceiros, mas de forma privada; e, enfim, o Estado assumindo a obrigação da resolução dos conflitos de interesses mediante funcionários seus que podem executar sentenças à força se necessário (MOREIRA ALVES, 2004, p. 203).

Em suma, nas origens os litigantes se utilizavam de suas próprias forças para dirimir os conflitos de interesses, contudo, desde os povos primitivos já existia a figura do Estado para intervir nos conflitos. Na realidade, quanto mais se reforça a organização política, mais se restringe o campo da autodefesa, pois com a politização, o processo converte-se em um instrumento de justiça nas mãos do Estado.

O processo civil corresponde aos atos coordenados para a atuação da vontade da lei por parte dos órgãos da jurisdição ordinária, a fim de dirimir um conflito de interesses com relevância jurídica (COUTURE, 1993, p. 10).

² Ressalte-se que este terceiro sofreu alterações na forma de atuação, pois antes da formação do Estado Moderno o julgador não estava vinculado a uma norma criada pelo Estado, mas, atualmente, o juiz deixa de ser órgão livre da sociedade para se tornar um órgão do Estado – na realidade, torna-se um “funcionário” que representa o Estado e busca a justiça e paz social.

Nas palavras de José Eduardo Carreira Alvim (2001, p. 15), o processo é o meio de se atingir uma resolução justa sobre litígio “[...] porque o conflito é resolvido por um terceiro sujeito, a ele estranho, segundo determinadas regras”.

A origem do processo civil remonta à Grécia em que difundia ideias e normas de cunho relacionadas ao rito, expondo o apego à retórica de Aristóteles e a necessidade de observância dos princípios do contraditório, por intermédio das audiências bilaterais.

Já em Roma a evolução do direito processual se deu em três fases: período primitivo, em que primeiro o magistrado fixava o objeto do litígio; e, em seguida, os árbitros eleitos prolatavam a sentença; período formulário, devido à expansão romana, os litígios eram transcritos em pergaminhos, apesar do procedimento permanecer oral; período da *cognitio extraordinária*, a função jurisdicional passou para as mãos do Estado, deixando de existir os árbitros privados que prolatavam as sentenças. (AMARAL SANTOS, 2002, p. 38-40).

Desta forma, conforme se observa, o processo possui função ímpar na constituição da sociedade, pois é ele que permite que o Direito seja efetivado e que haja confiabilidade pública nos casos que envolvem conflitos de interesses.

O processo é o instrumento de que serve o Estado para, no exercício da função jurisdicional, resolver os conflitos de interesses, solucionando-os. É o instrumento previsto como normal pelo Estado para a solução de toda classe de conflitos jurídicos (ALVIM, 2001, p. 15).

Ora, se o direito processual representa um ramo do direito autônomo preocupado com a efetivação do direito material, resta evidenciado o seu caráter autônomo do direito objetivo, isto porque ao procurar resolver o litígio, o juiz deve dirigir o processo na forma da lei, e não na forma de sua preferência; além disso, é por meio do processo que se chega a uma decisão que auxilia na formação do ordenamento jurídico como um todo.

4 O PROCESSO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Uma vez constatado que o processo possui função essencial para a manutenção da justiça e que auxilia na efetivação dos direitos, a sua contextualização conduz aos diversos princípios que imprimem a sua constitucionalização, entre eles o *devido processo legal*. Contudo, primeiramente, cabe ressaltar que, conforme exposto por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2009, p. 72), o processo não existe na natureza, mas é um produto da criação do homem, e, portanto, inerente a sua própria cultura.

Por assim o ser, não se pode pensar que o processo, ante seu caráter formal, é um mero ordenamento de atividades dotado de cunho meramente técnico, criado por um legislador arbitrário, mas que representa, verdadeiramente, uma escolha política, ligada à escolha da forma de administração da justiça.

Isto porque o processo é o que liga o Estado e a pessoa ao interesse, de modo que a sua forma de atuação possui grande relevância para a sociedade. Neste diapasão, o Direito processual pode ser visto como o direito constitucional aplicado, pois, conforme exposto supra, ele não se esgota com a mera concretização do direito material, mas é uma ferramenta essencial para a justiça e para a pacificação social.

Tal objetivo precípua se dá devido ao *princípio do devido processo legal*, que decorre da transposição do enfoque individual para o social (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2011, p. 46).

[...] correlação binomial entre processo-liberdade, processo-democracia, processo-segurança, que se encontra a origem do devido processo legal. [...] para enfim, alcançar, não só seu escopo jurídico, mas também seu escopo social, político, ético e econômico (PORTANOVA, 1999, p. 53).

Há ainda de se observar que a própria existência do princípio do devido processo legal indica a existência do Estado Democrático de Direito, eis que esta forma de Estado apenas existe quando ocorre a observância do direito e garantia das liberdades civis, atuando ora de forma ativa ora de forma passiva, tudo sob a tutela e premissa das garantias básicas.

O processo, a partir de uma perspectiva doutrinária evolutiva, apresentou três fases distintas: a *fase imanentista*, a *fase científica* e a *fase instrumentalista*.

A *fase imanentista* refere-se ao direito processual como um apêndice do direito material, não possuindo autonomia e estando a ele intimamente atrelado. Posteriormente, com o advento da *fase científica*, os estudiosos passaram a entender o processo como uma matéria autônoma, para alguns reconhecendo-a como ciência, de modo a integrar o direito público. Por fim, na *fase instrumentalista*, o processo passou a ser visto como um instrumento a serviço do Estado, no intuito de que a jurisdição busque sempre a justiça.

Há de se observar que, atualmente, existem diversos doutrinadores que defendem a ideia de que o processo se encontra em uma *quarta fase*, qual seja do *formalismo-valorativo*, segundo a qual o processo possui a função primordial de representar os interesses constitucionais e públicos das pessoas, de forma que o seu formalismo deve ser analisado sob a perspectiva dos valores intrínsecos da sociedade. Contudo, dentro da ideia do direito processual, o princípio do devido processo legal mostra-se extremamente valoroso para a

interposição da ideologia difundida pelo Direito sob a égide de sua autonomia em prol do direito constitucional das pessoas.

Tal princípio surgiu, conforme seu primeiro registro legal, no ano de 1066, quando o então normando Guilherme I (1028-1087), chamado de Guilherme, o Conquistador, e algumas vezes, Guilherme, o Bastardo, jurou obediência às leis locais da Inglaterra após conquista-la. Posteriormente, João-Sem-Terra (1166-1216), rei da Inglaterra, assinou a Magna Carta, em 1215, que expressamente garantiu que os direitos da liberdade, vida e propriedade não seriam violados senão por meio de um processo justo com base nas leis locais.

Em que pese o nascimento desta ideologia tenha surgido na Inglaterra, foram os Estados Unidos que propagaram enormemente a sua incidência ao adicionar tal princípio em sua quinta emenda, segundo a qual

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land³.

Diante disso se observa que o *devido processo legal*, em sua aplicação prática, passou a defender os valores mais fundamentais de uma sociedade, quais sejam, a vida, a propriedade e a liberdade (NERY JUNIOR, 2004, p. 63).

O Brasil, contudo, apenas previu expressamente tal princípio em seu corpo legislativo a partir da Constituição Federal de 1988, a qual por meio de seu art. 5º., inc. LIV, estabeleceu:

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 (BRASIL, 1988).

Insta salientar, contudo, que desde 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem e Cidadão, já trazia expressamente, em seu bojo, a ideia do devido processo legal, de modo que o Brasil, por ter ratificado este tratado, já havia reconhecido a sua incidência e aplicação nacional, ainda que não estivesse positivada na Constituição Federal.

Enquanto princípio, hoje constitucional, o devido processo legal possui força normativa, eis que, conforme entendimento construído por Robert Alexy, tanto as regras como

³ Em tradução livre: “Nenhum homem livre será apreendido ou preso, ou despojado de seus direitos ou bens, ou fora da lei ou exilado, ou privado de sua posição de forma alguma, nem será perseguido à força, ou enviados outros para fazê-lo, a não ser pelo legítimo julgamento de seus iguais ou pela lei da terra”.

os princípios integram o sistema normativo, de modo que as duas seriam normas aplicáveis ao ambiente social e às relações tecidas.

[...] o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (ALEXY, 2013, p. 90).

Para o autor a distinção lógica entre os princípios e as normas fica evidenciada nos casos que envolvem os conflitos de interesses e a forma de solucioná-los, eis que, no caso de choque de regras a solução está relacionada a declaração de invalidade de uma regra ou exceção a sua aplicação, enquanto que no caso de confronto de princípios há a prevalência de um deles, sem que com isso o outro seja considerado inválido.

Ao se observar que o devido processo legal é essencial para a sociedade e para o próprio advento do Estado Democrático de Direito, mister se faz diferenciar os tipos de incidência que este princípio pode possuir na sociedade, quais sejam no sentido processual e no sentido substancial.

A primeira interpretação que se faz deste princípio é à luz de seu sentido processual, ou seja, de que não existe regular função jurisdicional sem um processo regular e válido, de modo que a justiça está embasada na igualdade de armas e na possibilidade conferida às partes de se defender de todas as acusações a nível do processo.

[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantissem aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais são espécies (NERY JUNIOR, 2004, p. 60).

Esta interpretação do devido processo legal se dá mediante algumas manifestações, quais sejam o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do julgador, entre outros.

[...] formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais (SILVA, 1994, p. 131).

Em outro viés, constata-se que o sentido substancial do devido processo legal está relacionado justamente à sua função primordial que é a de garantir a manutenção da ordem jurídica, além de atuar em prol do Estado Democrático de Direito, pois é por meio do devido processo legal que uma lei ou norma pode ser declarada ilegal por ferir a ideia do regime democrático.

Sob esta perspectiva vale a leitura de Cândido Rangel Dinamarco sobre o sentido substancial do devido processo legal:

[...] proclamar a autolimitação do Estado no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira (DINARMACO, 2004, p. 94).

É justamente no sentido substancial que se opera, para o devido processo legal, a sua feição publicista, em que se buscou a efetivação dos direitos constitucionais a partir da perspectiva constitucional, conforme bem exarou Luiz Guilherme Marinoni:

Diante da transformação da concepção de direito, não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, que reservavam ao juiz a função de declarar o direito ou de criar a norma individual, submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acríptico. O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental (MARINONI, 2005, p. 65).

Diante disso, o Estado-juiz ao utilizar o processo como instrumento para o exercício da jurisdição, busca resolver os conflitos de interesses das partes, sendo, portanto, um instrumento a serviço da paz social, conforme exposto por Cândido Rangel Dinamarco.

Conforme exposto na primeira parte deste trabalho, Fransceso Carnelutti firmou entendimento de que o direito depende de ordem, e a sociedade clama por sua estruturação com vistas a auxiliar na pacificação coletiva.

É exatamente nesta perspectiva que age o princípio do devido processo legal, o qual possui por fundamento básico de dar eficácia às normas, sob a perspectiva do direito substancial, e dar segurança às relações submetidas à análise do Poder Judiciário sob a perspectiva do direito material.

Em vista de tudo isso, o “devido processo legal na sociedade” visa auxiliar a seio social a atingir a era da efetivação dos direitos, sendo, desta forma, visto como um garantidor do Direito – em sentido *latu*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O devido processo legal, enquanto subterfúgio criado com o intuito de coibir os abusos cometidos pelos monarcas, representa o meio de garantir a efetivação dos direitos constitucionais da liberdade, vida, justiça e propriedade.

Por assim o ser, resta evidenciado o seu papel social e sua relevância valorativa, isso porque, a sociedade depende de ordem e segurança para que exista coabitação saudável entre todos os seres humanos.

Além disso, a função precípua do Direito é evitar o caos e a desordem, ou seja, quando determinada pessoa encontra-se em uma situação de conflito de interesses, incumbe ao Estado tutelar as relações e impedir que os acontecimentos se prolonguem no tempo e causem uma desarmonia pública.

Ora, a fim de que a confiabilidade pública na justiça não seja atingida e para que as pessoas confiem na chancela do Estado, uma vez que as pessoas abrem mão da autotutela para transmitir ao Estado, o poder de agir em face da parte adversa, por meio da heterotutela, deve a Justiça ser plena e seguir determinados princípios que garantam o direito mínimo das pessoas.

No presente estudo, objetivou-se destacar a importância do princípio do devido processo legal para a sociedade no intuito de garantir a plena concretização do Direito, além de demonstrar que a evolução histórica e conceitual do processo auxilia na visualização completa do tema.

O juízo, ao desempenhar a sua função como representante do Estado-Jurisdição, não deve se desvincular de seu dever de alcançar a harmonia e paz social, de modo que resta evidenciada a instrumentalidade do processo.

O princípio objeto deste trabalho tem relevância em face da garantia dos direitos fundamentais das pessoas, além de gerar reflexos no *acesso à justiça*, que não está limitado à mera interposição de processo judicial, mas, sim, em garantir o respeito ao direito material de forma célere e plena.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direitos Processual Civil*. v. I. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARISTÓTELES. A Política. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*. 6. ed. atual. por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Paulo Azevedo, 1953.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Macedo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. Constituição (1988), de 5 de outubro de 1988. *Constituição Federal*. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1, 3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: FARIA, Juliana Cordeiro de et al. (Org.) *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 4. tir. Coimbra: Almedina, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Trad. de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russell, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. v. I, Buenos Aires: Ejea, 1950.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. I, p. 94.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1981.

HEGEL. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1993.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. 2.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2004. t. 1.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2004. t. 7.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 55-70, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesual Civil*. v. I. Buenos Aires: Temis-Depalma, 1969.

RICCITELLI, Antonio. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Barueri: Manole, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1994.

VARGAS, Augusto Cirilo. Reflexões críticas sobre a teoria eclética de Liebman. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul. n. 38, jul./ago. 2014. 1 DVD.