

DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E O DEVIDO PROCESSO NO ESTADO LIBERAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROCESSO JUSTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CONSTITUTIONAL GUARANTEES AND DUE PROCESS IN THE LIBERAL STATE FUNDAMENTAL RIGHTS AND FAIR TRIAL IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Miguel do Nascimento Costa¹

Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos

ÁREA(S) DO DIREITO: direitos e garantias fundamentais; estado democrático de direito.

RESUMO: Este ensaio tem por escopo analisar as premissas conceituais mínimas do devido processo legal, a partir da análise das garantias constitucionais estabelecidas no Estado Liberal, assim como do processo justo, do ponto de vista dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: devido processo legal; garantias constitucionais; esta-

do liberal; processo justo; direitos fundamentais; estado democrático de direito.

ABSTRACT: *The present essay has for target to analyze the minimum conceptual premises of due process of law, from the analysis of the guarantees constitutional in the Liberal State, thus with of the process just, from the perspective of the basic rights in the Democratic State of Right.*

KEYWORDS: *due process of law; guarantees constitutional; liberal state; process just; right basic; democratic state of right.*

¹ Especialista em Processo Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Professor de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis e do Centro Universitário La Salle. Professor dos Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Fadergs, PUC, Feevale, IMED e UNISC. Advogado nas áreas do Direito Empresarial/Societário, Direito do Trabalho, Direito Civil, Família e Sucessões, Direito Imobiliário e Direito Educacional. Coordenador da Procuradoria Jurídica do Unilasalle. E-mail: miguel@costaewespadvogados.com.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/632604052373172>.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Estado Liberal clássico e as suas características jurídicas essenciais; 2 Do devido processo legal no Estado Liberal; 3 Do Estado Social ao Estado Democrático de Direito e as suas características jurídicas essenciais; 4 O processo justo no Estado Democrático de Direito; 5 O direito ao processo justo na concepção do novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/2015); Apontamentos conclusivos; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Liberal State classic and essential legal characteristics; 2 The due process of law in the liberal state; 3 The Social State to the Democratic State of Law and its essential legal characteristics; 4 The right to due process in the Democratic State of Law; 5 The right to due process in the design of the project of the new Code of Civil Procedure (Law nº 13.105/2015); Conclusive notes; References.*

INTRODUÇÃO

Consoante hodiernamente se observa, o processo civil tem se constituído a partir de sua relação direta com a Constituição da República. Nesse sentido, é inegável a influência que a norma constitucional exerce sobre o processo civil brasileiro, seja porque o legislador não pode (e não deve) violar ou olvidar a aplicação dos preceitos constitucionais, seja porque o processo, concebido como forma de garantia de justiça, nada mais significa do que a imediata e direta complementação dos mandamentos constitucionais.

Consequência direta e imediata da experiência e cultura de um povo e convivendo com os caracteres políticos, sociais e econômicos próprios dos diversos momentos históricos percorridos, o processo civil brasileiro está intimamente ligado aos princípios e pressupostos que determinaram a formação do próprio Estado Democrático de Direito. No Estado Democrático de Direito, a eficácia dos direitos fundamentais tem relação direta, tanto com atuação do Estado-legislador (adstrito aos preceitos constitucionais) quanto com a atuação do Estado-juiz, que, pela tutela efetiva (art. 5º, XXXV, da CRFB) dos direitos, deve promover a existência de uma prestação jurisdicional alcançada às partes de maneira adequada e em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CRFB). Dentro da perspectiva dos direitos fundamentais constitucionais derivados do Estado Democrático de Direito, destaca-se o direito fundamental a um processo justo, que no modelo do Estado Liberal poderia encontrar ideia correspondente no devido processo legal (*due process of law*).

Com efeito, é justamente esse o objeto deste estudo, quer seja, investigar se o devido processo legal, típico do Estado Liberal, encontraria correspondência no processo justo, presente na Constituição Republicana do Estado Democrático de Direito brasileiro. Neste cenário e nesta conjuntura histórica, jurídica e social, o processo civil deve ser compreendido como ciência conformada pelos princípios e pelas regras constitucionais, decorrendo desta noção a necessidade de uma percepção de que as suas regras e os seus postulados visam a alcançar muito mais do que encontrar mecanismos de mera “domesticação do arbítrio estatal dentro do processo” (usando as palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira), ou seja, o processo civil tem como foco a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional prestada de forma adequada, tempestiva e efetiva a quantos dela necessitem, promovendo-se o acesso à ordem jurídica justa, ao processo justo e ético.

1 ESTADO LIBERAL CLÁSSICO E AS SUAS CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS ESSENCIAIS

O Estado Liberal de Direito, que historicamente tem em Locke² e Montesquieu³ algum de seus principais teóricos, caracterizou-se pela propagação

² Para compreender o poder político e as suas origens liberais, Locke entende ser essencial analisar como conviviam os homens em seu estado de natureza. No estado natural, os homens eram iguais, mas essa liberdade e essa igualdade eram, sobretudo, no plano teórico. Na visão lockiana, o cidadão tem direitos inerentes à sua existência, tais como: vida, liberdade e propriedade, porém é incapaz de desfrutar desses direitos naturais sem paixões pessoais. Necessária, portanto, para o uso e o gozo desses direitos, é a reunião das pessoas em torno de um contrato social que garanta os direitos naturais mediante um governo que imponha leis capazes de protegê-los. Cria-se uma estrutura de segurança e, sob essa condição, a liberdade que coexistia, assim como os outros direitos, apenas no plano teórico pode ser restringida, crescendo, por consequência, a liberdade real. Mas Locke ressalta, nesta obra, que somente o assentimento do povo daria e seria o único fundamento da autoridade desse governo. E é explícito ao escrever: “A liberdade do homem, na sociedade, é não se submeter a nenhum outro poder legislativo, senão o estabelecido mediante assentimento no país, nem ao domínio de qualquer vontade, ou restrição de qualquer lei, senão daquela que o legislativo promulgar, segundo a confiança nele depositada” (LOCKE, John, *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. 2. ed. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 35-39).

³ Partindo do pressuposto de que é necessário um controle externo para que os sistemas políticos funcionem a contento, Montesquieu propõe a criação de regras para que sejam estabelecidos limites aos detentores do poder, sobretudo para que possa implementar uma garantia de liberdade dos indivíduos. E a forma sugerida por Montesquieu é a divisão da esfera administrativa em três poderes: “O Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Executivo das que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de (1689-1755). *O espírito das leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro; tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 184-195).

de um ideal político, jurídico e social baseado na existência de liberdades individuais⁴, de direitos fundamentais, de uma democracia representativa, da separação de poderes, bem como do protagonismo das leis, próprio dos movimentos constitucionalistas que surgiram a partir da *Magna Charta Libertatum* de 1215⁵.

De modo geral, o pressuposto filosófico do Estado Liberal, entendido como o Estado limitado em contraposição ao Estado absoluto⁶, é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural (ou jusnaturalismo): doutrina segundo a qual todos os homens, indiscriminadamente, são titulares de direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade⁷. E a estes direitos, o Estado ou aqueles que em determinado momento histórico detêm o poder legítimo de exercer a força para obter a obediência de seus comandados, deve respeitar e não invadir (assim como proteger contra toda e qualquer possível invasão por parte de outros)⁸ a esfera de direitos dos indivíduos.

Nesse viés, Norberto Bobbio refere que, na acepção mais comum, por “liberalismo” entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o

⁴ Leciona Paulo Bonavides: “A filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuida que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade. Fazia-se mister contrapor à onipotência do rei, um sistema infalível de garantias. Essa doutrina é, como se vê, um termômetro das tendências antiabsolutistas” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 45).

⁵ Enquanto teoria diversificadamente elaborada por filósofos, teólogos e juristas, a doutrina dos direitos do homem pode ser considerada como a racionalização póstuma do estado de coisas a que conduziu, especialmente na Inglaterra e muitos séculos antes, a luta entre a monarquia e as outras forças sociais, que concluiu com a concessão da Magna Carta por parte de João Sem Terra (1215), quando as faculdades e os poderes que nos séculos futuros serão chamados de “direitos do homem” são reconhecidos sob o nome de “liberdade” (*libertates, franchises, freedom*), ou seja, como esferas individuais de ação e de posse de bens protegidos perante o poder coativo do rei (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005. p. 13).

⁶ Nas palavras de Lenio Luiz Streck e José Luís Bolzan de Moraes: “Como primeira expressão do Estado moderno, vamos observar que a estratégia de construção da nova forma estatal, alicerçada na ideia de soberania, vai levar à concentração de todos os poderes nas mãos dos monarcas, o que vai originar as chamadas monarquias absolutistas, fazendo com que a realeza que está nas origens do Estado Moderno associe as concepções latina e feudal de autoridade – *imperium e senhoria* – permitindo-se personificar o Estado na figura do rei, ficando na história a frase de Luiz XIV, o Rei Sol: *L’État c’est moi* – O Estado Sou eu” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45).

⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*, p. 11.

⁸ O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e não prescritíveis do homem (art. 2º da Declaração Universal do Homem e do Cidadão, 1789).

Estado tem poderes e funções limitadas e, como tal, se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que, atualmente, chama-se de Social. No entanto, é essencial compreender-se que “liberalismo” e “democracia” não são a mesma coisa e tampouco são interdependentes: um Estado Liberal não é necessariamente um Estado Democrático⁹. Segundo lição do mesmo autor, historicamente, o Estado Liberal realizou-se em sociedades cuja participação do governo era bastante restrita e limitada às classes possuidoras. Um governo democrático não é certeza de um Estado Liberal, e vice-versa. A bem da verdade, o Estado Liberal clássico foi posto em crise pelo progressivo processo de democratização produzido pela gradual ampliação do sufrágio até o sufrágio universal¹⁰.

A ideia de que o exercício do poder político apenas é legítimo se fundado sobre o consenso daqueles sobre os quais deve ser exercido e, portanto, um acordo entre aqueles que decidem submeter-se a um poder superior com aqueles a quem esse poder é confiado, é uma premissa que deriva da pressuposição de que os indivíduos têm direitos que não dependem da instituição de um soberano e que a instituição de um soberano tem a principal função de permitir a máxima explicitação desses direitos, compatível com a segurança social¹¹. Segundo Paulo Bonavides, no Estado Liberal o Estado é a armadura de defesa e proteção da liberdade e a sua essência há de se esgotar em uma missão de inteiro alheamento e ausência de iniciativa social¹².

Constituem-se, pois, valores do Estado Liberal os direitos individuais, a liberdade, a propriedade privada, a segurança jurídica e a participação dos cidadãos na formação da vontade estatal¹³. O liberalismo, portanto, centra-se na concepção de Estado que tem poderes e funções típicas de um Estado mínimo. Ou seja, no conceito de liberalismo concentra-se a ideia de limites de liberdades, tendo como ator principal o próprio indivíduo¹⁴. Nesta linha de pensamento, o argumento do *invisible hand* e a crença da certeza da autoregulação do mercado

⁹ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*, p. 7.

¹⁰ Idem, p. 8.

¹¹ Idem, p. 15.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 41.

¹³ GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Tradução, prefácio e apêndice de Agassis Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 41-42.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 57-58.

demonstram que as principais funções do Estado Liberal eram fazer cumprir os contratos e defender a propriedade privada¹⁵.

Outrossim, é importante ressaltar que este modelo de Estado Liberal atribuía ao Parlamento um primado absoluto em relação aos outros poderes do Estado, uma vez que o Poder Legislativo seria o único órgão que teria condições de ostentar uma investidura popular direta¹⁶. Nesse cenário, a “lei” havia sido concebida, *à la* Rousseau, como expressão da vontade geral da nação a cujas prescrições o Poder Executivo devia ater-se rigorosamente¹⁷. Diante desta hegemonia do Parlamento, os Poderes Executivo e Judiciário assumiriam posições de subordinação: i) ao Executivo competia uma obediência literal à lei; ii) enquanto que, ao Judiciário, competia o formalismo da aplicação desta lei.

Decorre desta percepção o fato de que a lei deveria ser concebida como norma geral e abstrata, a fim de defender os interesses dos cidadãos dos privilégios e abusos outrora verificados no Estado absolutista. Com efeito, a lei não tem uma relação disjuntiva com a liberdade, razão pela qual esta começa onde se detém a força coativa da primeira. Tanto para Locke quanto para Montesquieu, a lei é o caminho indispensável da liberdade. Aquilo que, para Montesquieu, impede o despotismo – a degeneração do bom regime – é o feliz conúbio entre liberdade e lei. O indivíduo é livre enquanto age nos trilhos da lei e esta, por sua vez, é o único instrumento capaz de protegê-lo do arbítrio. É exatamente no nexa entre liberdade e lei que nasce a possibilidade de conter o arbítrio do príncipe e de tutelar a segurança dos sujeitos. A liberdade e a segurança (da pessoa, dos bens) são valores finais que a lei permite alcançar na medida em que impede o arbítrio¹⁸.

Assim, a tradição liberal concebe o Estado como sendo limitado apenas por proibições, a fim de garantir os direitos individuais de liberdade e propriedade, trazendo, então, somente garantias negativas, ou seja, deveres de

¹⁵ HUNT, E. K. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*. Trad. José Ricardo Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: Campus, 1982. p. 426.

¹⁶ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Organizada por Pietro Costa e Danilo Zolo, com a colaboração de Emílio Santoro; tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 23.

¹⁷ *Idem*, p. 23.

¹⁸ *Idem*, p. 103.

não fazer para o Estado, de não interferir na esfera dos particulares¹⁹. Destarte, compete ao Estado Liberal, por meio da lei, “garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo”²⁰. O Direito, no Estado Liberal, passa a ser considerado um ordenamento constitucional/legal²¹, deixando para trás a antiga ideia de que ele era algo concebido transcendentemente com base na imutável hierarquia social oligarca.

Com base neste substrato ideológico-filosófico, a igualdade formal de todos diante da lei passa a ser consagrada. É neste contexto que são formulados os princípios de legalidade – *nullum crimen sine lege* – de igualdade jurídica (a igual submissão de todos os sujeitos à lei) que a civilização jurídica oitocentista irá considerar de algum modo adquiridos (pelo menos idealmente, mesmo permanecendo incerta e problemática a sua efetiva realização)²². O constitucionalismo, neste contexto jurídico e social, surge como tema basilar para a legitimação do poder político. O escopo, no Estado Liberal²³, é impor

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juar Terradillos Basoco e Rocio Cantanero. 4. ed. Madrid: Trota, 2000. p. 860.

²⁰ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 55.

²¹ Nesse sentido, recorre-se a lição de J. J. Canotilho: “A ideia de Estado de direito no constitucionalismo francês assentou – pelo menos em termos teóricos –, na construção de um *État Légal* concebido com uma ordem jurídica hierárquica. No vértice da pirâmide hierárquica situava-se a *Déclaration* de 26 de Agosto de 1789 consagrando os ‘*droits naturels ET sâcres de l’homme*’. Esta *Déclaration* era, simultaneamente, uma ‘supra-constituição’ e uma ‘pré-constituição’: supra-constituição porque estabelecia uma disciplina vinculativa para a própria constituição (1791); pré-constituição porque, cronologicamente, precedeu mesmo a primeira lei superior. A lei ocupa o terceiro lugar na pirâmide hierárquica e, na base, situam-se os atos do executivo de aplicação das leis” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 95).

²² No “século XVIII reformador”, de qualquer modo, a confiança na lei como instrumento de proteção e de fortalecimento da liberdade, da propriedade, dos direitos dos sujeitos procede igualmente com uma atitude otimista em relação à soberania: que na sua atual configuração tende perigosamente ao despotismo, mas pode/deve se tornar a expressão e o caminho para uma ordem finalmente racional (COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 103-104).

²³ Quanto ao Estado Liberal, Canotilho refere que “inicialmente o Estado de direito começou a ser caracterizado, em termos muito abstratos, como ‘Estado da razão’, ‘Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa’. No final do século, estabilizaram-se os traços jurídicos essenciais deste Estado: o Estado de direito é um *Estado Liberal de Direito*. Contra a ideia de um *Estado de Política* que tudo regula e que assume como tarefa própria a prossecução da ‘felicidade dos súditos’, o Estado de direito é um *Estado liberal* no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e seguranças

limites ao *Leviatã*²⁴ e garantir os direitos individuais. Decaída a autoridade do antigo Estado Absoluto (*ancien regime*) e rompida a ideologia do passado, o cidadão caminha rumo à democracia, prosseguindo com os seus combates e determinando a mudança ocorrida, no sentido das Cartas Constitucionais, cada vez mais exigentes de conteúdos que se destinassem a fazer valer objetivamente o ideário burguês das liberdades concretas, dignificadoras da pessoa humana²⁵.

O vitorioso Estado burguês de Direito eleva os direitos da liberdade ao cume da ordem política²⁶. Consoante leciona Paulo Bonavides,

disso não advinha para a burguesia dano algum, senão muita vantagem demagógica, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio e, assim, concorrer ostensivamente, por via democrática, à formação da vontade estatal.

Ademais, permitia aos burgueses falar ilusoriamente em nome de toda a sociedade, com os direitos da liberdade (fundamentais de primeira geração) que ela mesma proclamara, os quais se apresentavam, em seu conjunto, do ponto de

públicas ('Estado polícia', 'Estado gendrame', 'Estado guarda noturno'), remetendo-se os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência" (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 97).

²⁴ Com relação ao *Leviatã*, relevante é a contribuição de Hoffe ao, assim, descrevê-lo: "Uma comunidade política possui, sob uma ou outra forma, mandatos para o exercício da coerção e se converte através deles em uma situação de dominação que pode assumir os traços ameaçadores de um Estado com carta branca, de um Estado onipotente e absolutista. Para uma tal situação de dominação, devemos a Hobbes a metáfora orientadora. Para seu tempo fiel à Bíblia, quase furiosamente bíblico, ele denominou o poder do Estado inexpugnável 'Leviatã', o monstro marinho do livro de Jó. Pra nossa época não mais tão fiel à Bíblia, a gravura em cobre do título, que abre a primeira edição do *Leviatã* representa claramente a afirmada onipotência do Estado: atrás de montanhas, de algumas aldeias e duma cidade emerge um tirano com cora e insígnias; examinando melhor, percebe-se que o gigantesco homem artificial, o Estado, é composto somente de homenzinhos - figura da ideia que Hobbes tem da representação e também da tese de que cada cidadão se dissolve completamente no Estado onipotente. O tirano, aliás, não segura em suas mãos apenas a espada, mas também o cajado de pastor - figura a expressar que Hobbes atribui ao soberano, ao mesmo tempo, os direitos de decisão, tanto para questões mundanas, como para as religiosas" (HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 2).

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 44.

²⁶ Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos mas do respeito de uma esfera de liberdade individual. Compreende-se, por isso, que os dois direitos fundamentais - liberdade e propriedade - só pudessem sofrer intervenções por uma lei aprovada pela representação popular (*doutrina da lei protetora dos direitos de liberdade e de propriedade e doutrina da reserva de lei*) (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 97)

vista teórico, “válidos para toda a comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir”²⁷.

A separação de poderes ganhou maior projeção como garantia contra o abuso do poder estatal²⁸, técnica fundamental de proteção dos direitos da liberdade, em razão do exercício fracionado e simultâneo das funções administrativas, legislativas e judiciais. Com efeito, o princípio da separação dos poderes²⁹ é resultado dos próprios postulados do Estado Liberal e visa – entre outros – a combater o arbítrio, como uma arma necessária da liberdade do indivíduo e para a afirmação da sua personalidade³⁰. Em decorrência destas premissas, o princípio da separação dos poderes foi concebido pelo Estado Liberal, da seguinte maneira: i) atividade legislativa – estabelecimento de normas gerais e abstratas; ii) atividade administrativa – era primária e espontânea, o direito deveria ser aplicado por iniciativa própria, tendo em vista os interesses da própria administração (administrar é aplicar a lei de ofício); iii) atividade *jurisdicional* – estava voltada à atuação da vontade concreta da lei³¹. Pelo modelo liberal, a liberdade implica a ausência de obstáculos, impostos pelo Estado, para que as pessoas exerçam as suas escolhas e possam decidir quais os caminhos pretendem trilhar³².

Assim, além dos próprios direitos fundamentais e da separação de poderes, erige-se o ideal do *law's empire*, ou seja, é o momento histórico daquilo

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 45.

²⁸ O controle dos Poderes Públicos torna-se tema de interesse permanente quando se destaca a necessidade em conciliar-se a liberdade e a autoridade. Martin Péres Guevara acentua que, a partir da Revolução Francesa e desde quanto Montesquieu aponta o princípio da separação dos poderes como instrumento essencial para assegurar a liberdade e as garantias do homem e do cidadão, o controle passa a ser um dos temas fundamentais do Direito Público (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 2).

²⁹ Eduardo Cambi defende que seria mais adequado falar-se em “separação de funções”, uma vez que o poder estatal é um só, conforme disposto na Constituição Federal brasileira ao estabelecer no art. 1º, parágrafo único, que *todo o poder emana do povo* (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 171).

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 86.

³¹ Conforme lição de Eduardo Cambi, ao comentar o princípio da separação dos poderes (*Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo*, p. 172).

³² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 411.

que os liberais chamam de Império da Lei³³, com observância estrita ao direito posto, como forma de persecução da segurança jurídica. O ideário, nesse sentido, era de que somente a lei refletia a vontade geral e, assim sendo, condicionava a jurisdição, já que o Poder Legislativo era tido como o depositário da vontade geral, razão pela qual a manifestação jurídica em conformidade com a lei era a regra fundamental de toda a democracia³⁴.

Nesta esteira, o Constitucionalismo Moderno³⁵, próprio do Estado Liberal, surgiu com a finalidade de controlar o exercício do poder político, a fim de garantir aos indivíduos o respeito à lei por parte dos órgãos do governo, sendo o instrumento idealizado para a concretização destes direitos a norma constitucional³⁶. Na perspectiva do paradigma do Estado Liberal, o arcabouço de garantias das liberdades individuais e dos direitos fundamentais, necessária e obrigatoriamente, encontra eco na norma constitucional. A Constituição é

³³ J. J. Canotilho, em seu *Direito constitucional e teoria da Constituição*, tem passagem de conteúdo ímpar a respeito: “A limitação do Estado pelo direito teria de estender-se ao próprio soberano: este estava também submetido ao império da lei, transformando-se em ‘órgão do Estado’. No âmbito da atividade administrativa, fundamentalmente dedicada à defesa e segurança públicas, os poderes públicos decidiam atuar nos termos da lei (*princípio da legalidade da administração*) e obedecer a princípios materiais, como por exemplo, o *princípio da proibição de excesso*. Logicamente, estes princípios conduzem à exigência do controle judicial da atividade da administração. A fiscalização da legalidade dos atos da administração pelos tribunais poder-se-ia fazer segundo um de dois modelos: (1) ou segundo o modelo e *jurisdição ordinária* confinando aos *tribunais ordinários* o controle da atividade de administração (modelo seguido em Bremen e Hamburgo); (2) ou segundo o modelo da justiça administrativa, atribuindo a *tribunais administrativos* a tarefa de julgar os atos da administração (modelo adotado pelas leis da Prússia de 3-7-1875, e da Baviera de 8-8-1878” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 98).

³⁴ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 119.

³⁵ Com relação ao tema, J. J. Canotilho pondera que “o Estado constitucional, com hierarquia de normas seria radicalmente oposto ao Estado de Polícia. No entanto, o Estado constitucional transmutar-se-ia em simples Estado Legal, afirmando-se a soberania ou primado da lei com base da doutrina da soberania nacional expressa pela assembleia legislativa. O princípio da primazia da lei servia para a submissão ao direito do poder político ‘sob um duplo ponto de vista’: (1) os cidadãos têm a garantia que a lei só pode ser editada pelo órgão legislativo, isto é, o órgão representativo da vontade geral; (2) em virtude da sua dignidade – obra dos representantes da Nação – a lei constitui-se a fonte de direito hierarquicamente superior (a seguir às leis constitucionais) e, por isso, todas as medidas adotadas pelo poder executivo a fim de lhe dar execução deviam estar em conformidade com ela (*princípio da legalidade da administração*). Mas só isso: como produto da vontade geral, as leis eram necessariamente gerais (*generalidade da lei*) garantindo, deste modo, a observância do *princípio da igualdade perante a lei* e conseqüente repúdio as velhas *leges privatae* (privilégios) características do *Ancien Régime*” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 95/96).

³⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10.

compreendida como instrumento de governo (*instrument of goverment*), como estatuto jurídico-político fundamental da organização da sociedade política, do Estado, no qual o poder político encontra limites e o Estado se legitima pela representação popular.

Ao Poder Judiciário, neste cenário, compete a resolução dos conflitos privados, em uma evidenciada posição subalterna perante o poder a quem competia a produção normativa, pois o Poder Judiciário ficava limitado a uma atividade mecânica, ou seja, em ser apenas, no dizer de Montesquieu, *la bouche de la loi*³⁷. Portanto, no Estado Liberal o Poder Judiciário era concebido com um poder subordinado à lei, sobretudo por que era impensável imaginar que a lei tivesse duas vontades³⁸. Ao Poder Executivo, por sua vez, incumbia a tarefa de implementar o Direito, “garantindo a certeza e a segurança jurídicas e sociais, internas e externas, na paz e na guerra”³⁹. Com efeito, a relação entre os três poderes pautou-se por um sistema de contenção, de freios e contrapesos (*check and balances*), no qual o poder limitava o poder no exercício das faculdades de impedir⁴⁰.

Em linhas gerais, o modelo do Estado Liberal de direito tem por base a liberdade de todos, ou seja, todos devem ser livres, proprietários e iguais, em um sistema alicerçado no império das leis, na separação de poderes e no enunciado dos direitos e das garantias individuais. O direito, nesse paradigma, é visto como um sistema normativo no qual as regras, gerais e abstratas, são válidas universalmente para todos os membros da sociedade e tão somente a ele incumbe a tarefa de pautar a atuação do *Leviatã*.

2 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ESTADO LIBERAL

O devido processo legal, dentro da perspectiva jurídica, social e política do Estado Liberal, decorre da preocupação e da necessidade de se impor limites ao poder outrora exercido no Estado Absolutista (*Leviatã*)⁴¹. Trata-se, pois, de

³⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, p. 479, 1999.

³⁸ Partindo-se da premissa de que toda a norma jurídica deveria ter um sentido unívoco (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 92).

³⁹ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*, p. 57.

⁴⁰ *Idem*, p. 57.

⁴¹ Tal qual nos ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ao tratar da necessidade de “domesticação do arbítrio estatal dentro do processo” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009).

princípio concebido originalmente para ser “freio ao poder real”⁴² e para servir de estatuto de convivência política e econômica entre as elites dominantes na Inglaterra no século XIII. O princípio do devido processo legal, neste contexto, desenvolveu-se e consolidou-se a ponto de se constituir em um dos elementos fundamentais do próprio Estado de Direito Liberal, tamanha a sua importância e relevo⁴³.

O devido processo legal é a tradução quase literal da expressão inglesa *due process of law*⁴⁴, que foi utilizada pela primeira vez na cláusula 3º do 28º Estatuto de Eduardo III, de 1354, segundo o qual “*no man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law*”⁴⁵. A ideia do *due process of law*, contudo, advém da *Magna Charta Libertatum* de 1215, a qual, na cláusula 39, estabeleceu que “nenhum homem livre será detido preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo prejudicado, nem agiremos

⁴² Idem, p. 102.

⁴³ J. J. Canotilho, a respeito do tema, trabalha a ideia do devido processo legal a partir da definição do *Rule of Law*: “*The Rule of Law* significa, em primeiro lugar, na seqüência da *Magna Charta* de 1215, a obrigatoriedade da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, *Rule of Law* significa a proeminência das leis e costumes do ‘país’ perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, *Rule of Law* aponta para a sujeição de todos os atos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, *Rule of Law* terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim de estes aí defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses (*Common Law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou Poderes Públicos)” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 95/96). Segundo lição de José Rogério Cruz e Tucci, “derivam do devido processo legal outros princípios tais quais o da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da proibição de prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais” (TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 23).

⁴⁴ Há outros que adotam outras traduções para a expressão *due process of law*, como, por exemplo, na obra *A supremacia do direito no Estado Democrático de Direito e seus modelos básicos*, em que Cezar Saldanha Souza Junior utiliza-se da seguinte tradução: “processo jurídico devido”. Adotando a mesma linha de interpretação de Sérgio Luís Wetzel de Mattos (*Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009) e considerando a redação do art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República, no presente trabalho, se utilizará a expressão “devido processo legal”.

⁴⁵ Cf. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 17. Tradução livre: “Nenhum homem, independente do estado ou condição que seja, deve ser posto para fora de suas terras ou prédios, nem deserdado, nem condenado à morte, sem ser levado a responder pelo devido processo legal”.

ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”⁴⁶.

Acerca da expressão “devido processo legal”, Rui Portanova explica que o conceito (e não a expressão) tem a sua origem efetivamente na Carta Magna inglesa, outorgada em 1215 pelo Rei João, denominado “Sem Terra”. A Carta não foi escrita em inglês, pois o latim era o idioma oficial e dos meios cultos e intelectuais. Assim, na expressão *per legem terrae* que aparecia no Capítulo 39 está a primeira ideia do que hoje veio a se chamar de devido processo legal⁴⁷. É importante salientar, outrossim, que naquele período ainda não se tratava dos chamados direitos fundamentais, mas sim de “meras tolerâncias”⁴⁸ do soberano em relação aos direitos dos indivíduos, como uma espécie de submissão do Rei ao Parlamento, decorrente da crença de que este (o Poder Legislativo) era capaz de oferecer a proteção necessária e adequada aos cidadãos⁴⁹. Somente por ocasião da expansão dos domínios ingleses na América do Norte é que este entendimento sofre alteração, na medida em que os colonos norte-americanos passam a perceber que o legislador, por si só, não era capaz de proteger o homem em todos os seus aspectos fundamentais.

É neste cenário que emerge o fenômeno norte-americano de constitucionalização dos direitos fundamentais do homem, em meio aos quais desponta o *due process of law*, inserido na Quinta (1791) e Décima Quarta (1868) Emendas à Constituição dos Estados Unidos⁵⁰. Neste ponto e sem adentrar na discussão sobre o princípio do devido processo legal no Brasil, é importante salientar que a Constituição da República de 5 de outubro de 1988 (art. 5º, inciso LIV) praticamente transcreve o disposto na Quinta e Décima Quarta Emendas à Constituição estadunidense⁵¹.

Desta forma, originado no Direito anglo-saxão e aperfeiçoado no constitucionalismo americano, hoje o devido processo legal é um instituto

⁴⁶ Idem, p. 18.

⁴⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 145.

⁴⁸ KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Trad. Eugênio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 157.

⁴⁹ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 17.

⁵⁰ Tradução livre: “Emenda V. Nenhuma pessoa será privada da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido processo legal. Emenda XIV. Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido processo legal”.

⁵¹ Art. 5º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

universal, com previsão em todas as constituições democráticas do mundo. Com efeito, o devido processo legal difundiu-se em vários outros ordenamentos jurídicos, como na Alemanha, na Argentina, na Espanha, no México e no Panamá, onde assume, inclusive, outras designações, como *proceso debido* e *debido proceso legal*. Nos Estados Unidos, por seu turno, o *due process of law* teve um desenvolvimento singular, pois, a partir do seu significado mais comum, assegurador de um *ordely proceedings*, a Suprema Corte construiu um entendimento⁵² segundo o qual a tarefa legislativa também está sujeita ao *due process of law*⁵³. O princípio do *due process of law* é tão amplo e significativo que, nas palavras de Rui Portanova, “legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito”⁵⁴. Já sob uma perspectiva estrutural das normas de direitos fundamentais, que as classifica em “regras” e “princípios”, o devido processo legal apresenta-se, neste último grupo, classificando-se, pois, como um princípio que, como os demais, requer uma máxima efetividade, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes⁵⁵.

Posteriormente, exsurge no Direito norte-americano a distinção entre o *substantive due process of law* (devido processo legal substantivo) e *procedural due process of law* (devido processo legal processual). Com efeito, o *procedural due process of law* é tido como uma garantia procedimental que assegura à parte o direito ao contraditório, à ampla defesa, ao duplo grau, à publicidade, ao juiz natural e outros; em outras palavras, diz respeito aos processos ou procedimentos que o Estado deve observar antes de privar alguém da vida, da liberdade ou da propriedade. Já a expressão *substantive due process of law*, nas palavras de Maria Rosynete Oliveira Lima, “significa mais do que processos justos e razoáveis, significa que alguns direitos substantivos que, por serem direitos fundamentais, não podem ser violados por meio de qualquer processo, por mais justo e razoável que seja”⁵⁶.

De aplicação ainda hoje discutível, o devido processo legal substantivo teve origem nas ideias políticas da nascente comunidade americana, segundo as quais o homem é possuidor de certos “direitos naturais”, que atuam como

⁵² Decisão a partir do litígio *Dred Scott v. Sandford* (1857), conforme referência de Maria Rosynete Oliveira Lima na sua obra *Devido processo legal*.

⁵³ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*, p. 18.

⁵⁴ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 146.

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 88.

⁵⁶ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*, p. 106-107.

barreiras contra a ação do Estado, impedindo-o de restringi-los abusivamente⁵⁷. De modo geral, o *substantive due process* é o princípio de garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades do Estado. Trata-se de disposição constitucional aberta (*open-ended constitutional provision*), que proíbe que se prejudiquem certos direitos, sobretudo os direitos fundamentais. Nesse sentido, o princípio do *substantive due process* é aplicado com dois objetivos específicos: i) incorporação de direitos fundamentais conferidos pela Declaração de Direitos, por meio da disposição do *due process of law* da 14ª Emenda, para aplicação aos governos estaduais; ii) reconhecimento e proteção de direitos fundamentais não enumerados pela Constituição norte-americana, como parte da liberdade garantida pelas disposições do *due process of law* da 5ª e 14ª Emendas⁵⁸.

Neste contexto, embora nascido no Direito inglês, o princípio do devido processo legal desenvolveu-se principalmente nos Estados Unidos, a partir de duas fases. A primeira, decorrente da evolução do *law of the land* (julgamento a partir da lei da terra) e do *his day on court* (direito de ser ouvido pelo Tribunal) se reveste de um caráter estritamente processual ou *procedural due process of law*. A segunda, que tem um cunho material ou substantivo (*substantive due process of law*), tornou-se o principal instrumento para o exame do *reasonableness* (razoabilidade) e *rationality* (razoabilidade) dos atos estatais⁵⁹.

Analisando e definindo o devido processo legal, Candido Rangel Dinamarco identifica quatro aspectos estruturantes que caracterizam este princípio⁶⁰. O primeiro ponto, inerente à própria conceituação, diz respeito à ideia de um sistema de freios aos agentes estatais de toda a ordem, não somente o juiz. Também ao legislador podem ser imputadas transgressões ao *due process of law*, o que ocorre sempre que contrarie valores fundamentais postos na norma constitucional. O segundo ponto, ligado ao primeiro, é que o devido processo legal não se resume a um contexto de legalidade. Observá-lo, não significa simplesmente cumprir a lei. A própria lei deve estar conforme ao *due process of law*; assim, observar esta garantia é como “andar de acordo com os valores que a Constituição consagra”. O terceiro ponto é que todos os direitos fundamentais estão protegidos pela cláusula do devido processo legal, entre eles o direito à

⁵⁷ Idem, p. 108.

⁵⁸ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 84.

⁵⁹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis da nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 384-385.

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 177.

vida, à incolumidade física, à liberdade, à honra, à intimidade, à propriedade e ao processo. O último ponto de destaque é a imprecisão do conceito de devido processo legal, “justamente porque resulta de uma absorção quase intuitiva de valores”, cláusula que não comporta definições ou delimitações muito pontuais, tanto quanto o conceito político de democracia, a que está intimamente ligado. O princípio do devido processo legal, é importante salientar, mesmo no Estado Liberal, tinha aplicação na jurisdição civil e penal, assim como nos procedimentos administrativos, englobando reivindicações de direitos (inclusive de declarar a inconstitucionalidade de lei), a ampla defesa e a produção de provas⁶¹. Não obstante os fundamentos, as premissas e as definições acerca do devido processo legal, já delineados nas linhas anteriores, Galeno Lacerda leciona que não se pode pensar o *due process of law* apenas como preservação do rito,

como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de uma presunção processual desumana, causa à parte inerte.

Nas palavras do autor, “não é isso fazer justiça; não é para isto que existe o processo”⁶². O *due process of law*, refere Rui Portanova,

não pode ser aprisionado dentro dos traçozeiros lindes de uma mera fórmula. O princípio é produto da história, da razão e do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process of law* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um dedicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento deste processo.⁶³

Assim, ainda que no Estado de Direito Liberal o *due process of law* tenha nascido com a preocupação de garantir ao cidadão um processo ordenado e capaz de preservar direitos fundamentais frente ao Estado, atualmente, o devido processo legal se justifica como um verdadeiro princípio informativo para todos os demais princípios ligados ao processo e ao procedimento, razão

⁶¹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 147.

⁶² LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 10, n. 28, jul. 1983.

⁶³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 148.

por que, seja na conceituação do Estado Liberal, seja na conceituação do Estado Democrático de Direito, é tido como elemento essencial-básico e orientador do próprio ordenamento jurídico.

3 DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS SUAS CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS ESSENCIAIS

Tanto no Estado Liberal clássico quanto no Estado Social, o fim ultimado é o de adaptação à ordem estabelecida⁶⁴, mantendo-se, por conseguinte, a já mencionada separação entre o Estado e a sociedade. Quanto mais profunda essa separação, mais a relação de cidadania se converte em uma relação paternalista de clientela, ou seja, reservando ao cidadão um papel apático e periférico⁶⁵. Desse modo, a exigência de socialização do Estado passa a exigir não somente o reconhecimento da intervenção dos grupos de interesse e organizações sociais na tomada das decisões políticas centrais, mas, efetivamente, a recondução institucional dessas decisões à vontade democraticamente expressada pelo conjunto da sociedade⁶⁶. Vale dizer, o cidadão deve ser visto como participante, e não mero recipiente da intervenção social do Estado⁶⁷. Ganha relevo a democracia participativa. O povo passa a ser compreendido em todo e qualquer

⁶⁴ Nesse sentido, referem Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes: “Como *liberal*, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. Por outro lado, a efetividade da normatividade é garantida, genericamente, através da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com a hipótese normativa. Transmutado em *social*, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Em ambas as situações, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida” (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 91).

⁶⁵ A propósito, afirma Daniel Sarmento: “Na medida em que se aprofunda a distância entre governados e governantes, e declina a importância das instituições representativas na estrutura estatal, a relação de cidadania se converte numa relação paternalista de clientela. Cada vez menos os atos do Estado podem ser imputados à vontade majoritária do seu povo, em razão da autonomização da tecnocracia, e da apatia política que contamina uma sociedade que se interessa apenas pelo consumo. É eloqüente o fato de que, na linguagem política, a figura do cidadão venha sendo substituída pela do consumidor” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 23).

⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 191.

⁶⁷ Idem, p. 191.

indivíduo, o qual, agora, figura como novo partícipe na realização concreta da seara política⁶⁸.

Os direitos fundamentais passaram por transformações decorrentes da evolução do próprio Estado, passando do Estado Liberal ao Estado Social⁶⁹, até chegar ao Estado Democrático de Direito. Com efeito, a liberdade que o mundo conheceu e praticou sob a égide do liberalismo não atendeu às expectativas dos necessitados, da massa anônima de trabalhadores e daqueles que “messianicamente” se voltaram à espera de um milagre de melhoria social. O “velho liberalismo”, na estreiteza de sua formulação, não resolveu o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade e, por esta razão, entrou em crise⁷⁰.

Percebeu-se que a liberdade política – preconizada pelo modelo liberal – como liberdade restrita era inoperante, visto que não dava solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida e desapossados de quase todos os bens⁷¹. E disto decorreu uma das primeiras transformações do liberalismo, conforme leciona Paulo Bonavides,

o reconhecimento geral da liberdade política, com um mínimo de restrição, isto é, mediante sufrágio universal, não foi o fruto altruístico e amistoso da munificência liberal. Foi uma das mais penosas conquistas revolucionárias, processada no âmago do conflito entre o trabalho e a capital.⁷²

⁶⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 36, n. 114, p. 94-95, jun. 2009. Conforme Canotilho, o “princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 280).

⁶⁹ No século XVIII cresceu o ideal liberal, em que a autonomia da vontade e de possibilidades criadas pela capacidade de cada indivíduo deveria prevalecer. Porém, com o passar do tempo, as necessidades sociais foram sendo alteradas, levando, no século XIX, à conseqüente mudança do Estado Liberal para o Estado Social (MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania*: por uma jurisdição constitucional democrática, p. 51).

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 188.

⁷¹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*, p. 2.

⁷² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 188.

Todavia, esta conquista, do ponto de vista do liberalismo, representou uma irreparável derrota, a qual liquidou para sempre os anseios liberais-burgueses que tiveram que lançar mão de sua poderosa arma de conservação política: o voto censitário.

Ocorre que, por mais paradoxalmente que pareça, essa concessão salvou e preservou ideologicamente o que havia de melhor na antiga tradição liberal: a ideia da liberdade moderna, liberdade como valorização da personalidade, agora, já no âmbito da democracia plebiscitária vinculada ao emergente Estado Social. Ocorre que a massa proletária não se contentou apenas com o direito formal de voto e, nas palavras de Paulo Bonavides, empregou este direito de voto, “sem hesitação, em benefício dela mesma, ou seja, dos trabalhadores, mediante legislação de compromisso que veio amortecer o ímpeto da questão social”⁷³. É neste cenário, em que os direitos sociais passam a ser contemplados pelas novas legislações, que surge o chamado Estado Social que, de acordo com os ensinamentos de Manuel García-Palayo⁷⁴,

significa, historicamente, a tentativa de adaptação do Estado tradicional (pelo que entendemos, neste caso, o Estado liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial, com seus novos e complexos problemas, mas também com suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los. Não devemos ver as medidas criadas para permitir tal adaptação como algo totalmente novo, mas como uma mudança qualitativa de tendências surgidas no século XIX e princípios do XX para regular, naquele momento, aspectos parciais da sociedade, regulação que passa, na atualidade, por processo de generalização, integração e sistematização.

O Estado, portanto, passa a desempenhar um comportamento ativo na realização da justiça social⁷⁵, rompendo com aqueles padrões próprios da atuação estatal mínima que permeava o modelo puramente liberal. A previsão de uma linha de conduta para o Estado, no sentido de regular os fenômenos

⁷³ Idem, p. 189.

⁷⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*, p. 6.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

sociais, significa, então, a superação da até então mística divisão entre o Estado e a sociedade⁷⁶. Nesse quadro, mostra-se adequado caracterizar o Estado pela sua finalidade, que é a realização da igualdade a partir de mínimos materiais em favor de grupos sociais⁷⁷. A adjetivação pelo *social* pretende, assim, a correção do individualismo liberal clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social⁷⁸. Com a consagração de direitos inéditos até então, de cunho eminentemente social, passa-se a exigir uma maior e mais qualificada intervenção, deslocando-se o foco das atenções da esfera legislativa do Estado para o ambiente da sua atividade executiva.

Essa nova postura do Estado, que redundava na diminuição da atividade livre do indivíduo⁷⁹, carece de um perfil democrático, no entanto. Vale dizer, ainda que rompida a separação entre o Estado e a sociedade, os indivíduos permanecem sem força para atuar democraticamente na determinação dos direitos dos fins do Estado⁸⁰. Não se pode dizer, por exemplo, que o Estado Social – ao menos na sua configuração intervencionista, porém alicerçada em bases liberais – cumpriu um papel efetivamente socializante. Antes disso, caracterizava-se muito mais como um Estado assistencial, no qual os direitos não passavam de concessões⁸¹. De qualquer forma, o que deve ficar enfatizado é a forma de atuação ativa do Estado Social, seja no sentido de delimitar os fins da sociedade, seja no sentido de conferir aos cidadãos direitos fundamentais de

⁷⁶ COSSIO DÍAZ, José Ramon. *Estado social y derechos de prestacion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 32.

⁷⁷ Idem, p. 33.

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz ; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*, p. 88.

⁷⁹ Idem, p. 55.

⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. reedição. Coimbra: Almedina, 2006. p. 191.

⁸¹ Vale mencionar o alerta feito por José Luis Bolzan de Moraes a respeito do tratamento das promessas incumpridas nos países em defasagem no tratamento da *questão social* e onde “uma percepção liberal-individualista-egoística dos direitos sociais ainda parece predominar, muitas vezes em ‘perfeita’ harmonia com estratégias políticas de ‘clientelização fidelizada’ da cidadania, oriundos de uma tradição patrimonialista e autoritária, onde a ‘concessão’ de direitos vai de encontro a um projeto de construção de cidadania, muito em voga na história política latino-americana, na qual um ‘falso’ Estado Social – na prática um Estado Assistencial – foram ‘doados’ pelos ‘donos’ do poder político-econômico a indivíduos ‘bestializados’, acostumados a ‘assistirem’ transições conservadoras” (MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; BARRETO, Vicente de Paulo et al. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 112)

caráter positivo e assumir a tarefa de realizá-los, notadamente pela atuação do Poder Executivo.

Desde o último terço do século XIX, vem se desenvolvendo uma política social cujo objetivo imediato é tentar corrigir as péssimas condições de vida das camadas mais desamparadas e necessitadas da população. Trata-se, assim, de uma política setorial não destinada, exatamente, a transformar a estrutura social, mas de “remediar” alguns de seus piores efeitos. A atual política social dos países industrializados e pós-industrializados, por sua vez, estende os seus efeitos não somente a aspectos parciais das condições de vida das classes trabalhadoras, que tende a diminuir em termos percentuais, se tomarmos o total da população como referência. Também alcança as classes médias, cuja porcentagem aumentou consideravelmente como consequência da tecnificação do trabalho e do crescimento do setor de serviços. Indiretamente, a referida política social alcança a totalidade da população⁸².

Tais medidas, decorrentes das políticas sociais, não se limitam à pobreza econômica, alcançando também outros aspectos, visando a se promover o *welfare state* (bem-estar social) na cultura, no lazer, na educação, na saúde, na defesa do meio ambiente, no desenvolvimento de regiões atrasadas e outros⁸³.

Estes direitos fundamentais que, embrionária e isoladamente, já haviam sido contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho e outros, revelam a transição das liberdades formais abstratas para liberdades materiais concretas⁸⁴. Como observa Paulo Bonavides, estes direitos fundamentais, que não se distinguem

⁸² GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*, p. 6.

⁸³ O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera de liberdade individual, mas sim de propiciar um direito de participar do bem-estar social (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 51).

⁸⁴ *Idem*, p. 51.

dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram “abraçados ao princípio da igualdade”⁸⁵, entendida esta em sentido material.

É evidente que o momento histórico atual é caracterizado por profundas e constantes mudanças em distintos aspectos e setores (cultura, direito, economia, social, internacional, etc.). Estas transformações são muito mais profundas do que as divisões políticas do mundo, em Estados capitalistas, neocapitalistas e socialistas ou em países desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, ainda que, naturalmente, as mencionadas transformações assumam distintas modalidades em cada um dos países e sistemas. O Estado – Liberal, Social ou Democrático de Direito – não poderá escapar desta fundamental transformação e que, com ou sem revoluções políticas, também sofrerá as consequência das alterações correspondentes. Nesta senda, Eduardo Cambi⁸⁶ refere que, além do aspecto instrumental, para a efetividade dos direitos fundamentais, revela-se essencial o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial de instrumentos de proteção e salvaguarda das garantias fundamentais.

Com efeito, a crescente evolução e consolidação dos direitos fundamentais tem conduzido ao abandono do modo de encará-los como “simples garantias, instrumentalizadas somente para um mero direito de defesa do cidadão em face do Estado”, de modo a visualizá-los “como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização”⁸⁷, assegurando-se aos indivíduos a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito e a efetivação destes⁸⁸.

⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 518.

⁸⁶ CAMBI, Eduardo. *Neonconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, política públicas e protagonismo judiciário*, p. 224-225.

⁸⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

⁸⁸ É importante destacar que, hoje, a doutrina sustenta a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que de longe não mais se restringem à clássica função de direitos de defesa contra os Poderes Públicos (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 154). Desse modo, as garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito e a efetivação destes. É neste sentido que também se fala de direitos-garantia, já que estes dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal com vista à proteção de outros direitos, podem, ao mesmo tempo, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas. [...] É por isso que, entre nós, corretamente se apontou para a possibilidade de um direito fundamental se exprimir pela norma de garantia, quando nesta se encontra subentendido” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 180). Não obstante, o mesmo autor afirma que, “apesar de sua íntima vinculação com a ideia de um procedimento justo, com a efetivação dos direitos fundamentais e a dimensão procedimental, se excluem do objeto dos direitos à participação na organização e procedimento os direitos e garantias

Nesse sentido, ainda se aproveitando da lição de Ingo Sarlet: “Os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais”⁸⁹.

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais⁹⁰. O Estado Democrático pode ser visto assentado em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais, havendo uma “co-pertença entre ambos”⁹¹. Com efeito, ao lado da imprescindível participação do povo na configuração e definição dos contornos dos direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito tem uma preocupação premente com o cumprimento da Constituição e com a satisfação dos direitos nela encampados. Pode-se dizer que o Estado organizado e uma Constituição só têm sentido para que se cumpra a Constituição e se viabilize a dignidade humana⁹².

4 O PROCESSO JUSTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É inegável que a crescente evolução dos direitos fundamentais (previstos na Constituição da República⁹³) tem conduzido ao abandono do modo de encarar

processuais, nomeadamente os direitos-garantias de que falamos no âmbito dos direitos de defesa, excetuando-se o direito de acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CF) típico direito prestacional *lato sensu*” (Idem, p. 196).

⁸⁹ Idem, p. 194.

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 39. Conforme Ingo Sarlet, “os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59-60).

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 104.

⁹² Idem, p. 667.

⁹³ No estudo do direito processual civil, é preciso ter sempre presente as suas relações com os outros ramos do Direito e delas cuidar com toda a atenção necessária. O caráter dos diversos ramos do Direito, configurado por seus objetivos específicos e sua natureza intrínseca, justifica o seu tratamento separado e autônomo. Porém, essas distinções são apenas características constitutivas de uma unidade na qual esses diversos ramos estão imersos, ligados por um princípio de coerência que lhes garante uma não cindibilidade do todo indivisível. Destarte, na aplicação destes ramos estarão sempre, em maior ou menor escala, correlacionados dentro do ordenamento jurídico. Contudo, entre os diversos ramos do Direito sobreleva a importância do direito constitucional, por que ele representa o centro desta unidade, o tronco comum no qual os vários ramos do Direito partem e do qual trazem a sua

-los como “simples garantias, instrumentalizadas somente para um mero direito de defesa do cidadão em face do Estado”, de modo a visualizá-los “como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização”⁹⁴, assegurando-se aos indivíduos a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito e a efetivação destes. A criação de um Estado Democrático de Direito, nesse sentido, tende a propor uma melhor organização da relação homem-mundo e das relações intersubjetivas (entre e com os homens), segundo um projeto de estruturas básicas de justiça⁹⁵. No mesmo sentido, Peter Häberle aduz que, no Estado Constitucional, o elemento nacional-estatal é relativizado e a pessoa avança – para além das fronteiras estatais – para o ponto central da atuação estatal da realização dos direitos fundamentais⁹⁶.

São visíveis as modificações que a ordem jurídica vem experimentando nos últimos tempos, momento entendido como a passagem do Estado Social de Direito para o Estado Democrático de Direito. Com efeito, não é mais possível admitir-se a manutenção da concepção tradicional de ordenamento jurídico, que, conforme salienta Alfonso Julios-Campuzano, originou o positivismo oitocentista, que se consagrava nos seguintes princípios: a) a primazia da constituição como marco regulatório em que se estabeleciam as condições do governo legítimo; b) a consagração do império da lei como fonte da primazia de produção jurídica e garantia da imparcialidade; c) a conseqüente concepção monista de produção jurídica, de sorte que o âmbito da juridicidade ficava circunscrito exclusivamente à produção jurídica estatal que se pressupunha racional e legítima; d) a limitação estrita da função judicial a um trabalho meramente secundário que convertia o juiz, segundo Montesquieu, em “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*” (concepção que cerceava a interpretação das normas ao converter o juiz em um autômato, cuja discricionariedade permanecia aprisionada pela busca da *mens legis*); e, finalmente, e) de uma concepção de direito desta natureza somente podia desprender-se uma ideia “isolacionista” da Ciência Jurídica, na medida em que a obsessão compulsiva por uma pretendida, e, ao mesmo tempo, inalcançável pureza metódica, levou

seiva vital, principalmente quando se fala em direito processual, em que o enquadramento no direito constitucional tem relação direta com a função do Estado de prestar jurisdição (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 3-4).

⁹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

⁹⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*, p. 41.

⁹⁶ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 71.

os cientistas do direito a convertê-lo em uma “realidade física” não suscetível de ser valorada por quem a estudava⁹⁷.

A evolução do Estado de Direito provocou alterações no ordenamento jurídico, especialmente pela generalização – a partir do pós-guerra mundial – do modelo de Estado Social de Direito e a incorporação de novos modelos de organização política, social e de gestão do Estado. Ocorre que, ao se alterar o paradigma anterior (Estado Liberal) de produção jurídica, a partir de novas atribuições para o Estado, o Estado Social de Direito mostrou-se tendente a uma proliferação legislativa quase que desenfreada, situação que, segundo Luigi Ferrajoli, propiciou a mudança do meio “paleopositivista do Estado legislativo” (que se produziu com o nascimento do Estado moderno e a afirmação do princípio de legalidade como norma de reconhecimento do direito existente); para o “modelo neojuspositivista” do Estado Constitucional de Direito, produzido, por sua vez, pela difusão na Europa, logo após a Segunda Guerra Mundial, de constituições rígidas como normas de reconhecimento do direito válido e do controle jurisdicional de constitucionalidade sobre as leis ordinárias⁹⁸.

Nesse cenário é que se dá a passagem do Estado Social (que tinha como maior desafio compatibilizar o bem-estar geral e as demandas do capitalismo, gerando um espaço de decisão política fora dos controles de legitimidade tradicionais) para o Estado Democrático de Direito, que tem como maior finalidade consagrar o valor primordial da Constituição como elemento de supremacia e totalidade de todo o ordenamento jurídico. O Estado Democrático de Direito, pois, inaugura uma nova etapa da evolução do próprio Estado de Direito⁹⁹.

Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito supera as noções anteriores de Estado Liberal e Estado Social de Direito. Conforme leciona Lenio Luiz Streck, citando Elias Diaz:

O Estado Liberal de Direito é a institucionalização do triunfo da burguesia ascendente sobre as classes privilegiadas do Antigo Regime, onde se produz uma clara distinção entre o político e o econômico,

⁹⁷ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad. José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41-42.

⁹⁸ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, p. 416-417.

⁹⁹ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*, p. 45.

com um Estado formalmente abstencionista, que deixa livres as forças econômicas, adotando uma posição de (mero) policial da sociedade civil que se considera a mais beneficiada para o desenvolvimento do capitalismo em sua fase de acumulação inicial e que vai aproximadamente até o final da primeira grande guerra; já o Estado Social de Direito pode ser caracterizado como institucionalização do capitalismo maduro, no qual o Estado abandona a sua postura abstencionista tomada inicialmente para proteger os interesses da vitoriosa classe burguesa, passando não somente a intervir nas relações econômicas da sociedade civil, como também se converte em fator decisivo nas fases da produção e distribuição de bens; finalmente, o Estado Democrático de Direito é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivelmente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades.¹⁰⁰

O Estado Democrático de Direito, que é indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais, faz uma síntese das fases anteriores (Estado Liberal e Estado Social), agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais¹⁰¹. Neste cenário, o direito processual civil, entendido como manifestação da cultura¹⁰², evidentemente, não ficou infenso às influências caracterizadoras e concretizadoras do Estado Democrático de Direito e também foi atingido pelos princípios, pelos postulados e pelas

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, p. 36-37.

¹⁰¹ *Idem*, p. 38.

¹⁰² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil, pressupostos sociais, lógicos e ético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.48.

premissas constitutivas deste novel modelo jurídico, político e social. Ora, se o Estado Democrático de Direito é um modelo novo, que remete a um tipo de Estado em que se pretende obter transformações sociais, para a implantação de níveis superiores de igualdades e liberdades, é evidente que o processo civil – ramo das leis mais rente à vida¹⁰³, segundo Pontes de Miranda – deve receber os impactos e as influências deste paradigma em seus princípios orientadores.

Nessa linha, o direito fundamental ao devido processo legal, antes visto apenas como mera garantia, bem pode ser classificado como direito de defesa¹⁰⁴ e, simultaneamente, como direito a ações positivas, de modo particular como direito à organização e ao procedimento¹⁰⁵. Nesse sentido, assevera Ingo Sarlet que diversos dos direitos-garantias “podem ser reportados ao *status activus processualis* de Peter Häberle, integrando a categoria dos direitos à participação na organização e procedimento, o que se aplica principalmente às garantias de cunho processual”¹⁰⁶. Nesse diapasão, segundo o autor,

impõe-se uma referência à dimensão prestacional de diversos direitos-garantia, que, por este motivo, poderiam enquadrar-se na categoria dos direitos à participação na organização e procedimento, integrando os direitos a prestações em sentido amplo.¹⁰⁷

Para Ingo Sarlet, “os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais”¹⁰⁸. Sob esse prisma, tem-se, de um lado, a obrigação do Estado “de levar a cabo tudo que sirva para a realização dos direitos fundamentais”¹⁰⁹, possibilitando a todo o cidadão o direito de obter uma tutela

¹⁰³ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Prólogo. Rio de Janeiro: Forense, t. I, 1974.

¹⁰⁴ Ainda como direito de defesa, o devido processo legal pode ser concebido como direito fundamental a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações dos titulares de direitos fundamentais (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 461-462).

¹⁰⁵ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 134.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 180.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 180.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 194.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 84.

jurisdicional adequada e efetiva¹¹⁰, e, de outro, o papel dos direitos fundamentais em precisar o conteúdo do direito a um processo adequado¹¹¹, que não se limita ao ato inicial do juiz, mas compreende todas as posições “ativas” das partes, ao longo de todo o procedimento, até o ato final¹¹². Tudo isso com vistas à obtenção da justiça do caso concreto, finalidade do processo, frente a qual o Estado dispõe, como meios de realizá-la, o processo justo e a tutela jurisdicional¹¹³, que, de certo modo, retratam “os dois valores essenciais, presentes em qualquer ambiente processual, o da segurança e o da efetividade”¹¹⁴.

Desta forma, na medida em que se identifica um direito muito mais flexível, próprio do Estado Constitucional brasileiro, a segurança jurídica deixa de ser estática e passa a ser dinâmica¹¹⁵, tendo em vista o caráter principiológico e, portanto, maleável, dos direitos fundamentais. Enquanto a segurança, em perspectiva estática, assentava-se na garantia do devido processo legal, uma perspectiva dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais com maior eficácia possível, cria condições para a sustentação jurídica e social de um direito fundamental a um processo justo¹¹⁶. Conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,

não se cuida mais de um genérico direito ao processo, assentado em direitos estáticos. Trata-se de assegurar, a partir dos conceitos de equanimidade e de justiça, não apenas a suficiência quantitativa mínima dos “meios processuais”, mas também um “resultado” qualitativamente diferenciado.¹¹⁷

Desse modo, a partir das premissas antes estabelecidas, é possível extrair a consequência de que, no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, o “direito ao processo” não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato, mas assume um conteúdo modal qualitativo (“direito ao justo processo”),

¹¹⁰ Idem, *ibidem*.

¹¹¹ Idem, p. 77.

¹¹² Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 1º jul. 2010.

¹¹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática de tutela jurisdicional*, p. 136.

¹¹⁴ Idem, p. 84.

¹¹⁵ Idem, p. 130.

¹¹⁶ Idem, p. 130-131.

¹¹⁷ Idem, p. 131.

que é exatamente a face dinâmica do “devido processo legal”. Em semelhante contexto, à estrita ótica de um “devido processo legal”, correspondente a uma compreensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, contrapõe-se à visão dinâmica em que todos os institutos e categorias jurídicas são relidos à luz da Constituição e na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais.

Partindo-se de uma postura constitucional de processo, própria do formalismo-valorativo, mostra-se fundamental a análise do devido processo legal processual brasileiro, por que nele se encontra a célula elementar do formalismo emanado da Constituição da República. Cuidando o processo civil, conforme já salientado, da domesticação do arbítrio estatal dentro do processo¹¹⁸, é natural que o princípio do *procedural due process of law* tenha posição de destaque no processo civil brasileiro e *status* de direito fundamental formal e material. O devido processo legal processual brasileiro, segundo Daniel Mitidiero¹¹⁹, é o nosso modelo mínimo de processo equo: uma vez que somente com um processo justo podem advir decisões justas. Dessa forma, o perfil de processo que enaltece a garantia do *due process* é, portanto, o do *processo justo*¹²⁰ e, sob tal perspectiva, este decorre da compreensão concreta de certos direitos fundamentais expressos na Constituição da República, que de maneira estática compõem o devido processo legal.

O processo justo, portanto, trata de um processo conformado por direitos fundamentais, cujo núcleo essencial é vital e irrenunciável, de modo que somente na presença de sua plena atuação poderá ser considerado, sob o plano de vista ético e técnico, efetivamente justo¹²¹. Nesse sentido, todos os direitos fundamentais processuais revelam-se essenciais para a garantia do processo justo.

Toma-se como exemplo o direito fundamental ao contraditório, que, a partir da ideia de multifuncionalidade dos direitos fundamentais¹²²,

¹¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 83.

¹¹⁹ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*, p. 41.

¹²⁰ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O processo justo na Constituição Federal de 1988. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 30, n. 91, p. 226, set. 2003.

¹²¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 157, p. 85-102, mar. 2008, p. 86.

¹²² Para Daniel Mitidiero, “é lição corrente na boa doutrina a existência de múltiplas funções acometidas aos direitos fundamentais, caracterizando-os como direitos multifuncionais” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo civil e Estado constitucional*, p. 45).

deixa de garantir somente a bilateralidade da instância, passando a conferir direito, tanto ao demandante quanto ao demandado, de influenciar direta e argumentativamente na conformação da decisão judicial, caracterizando, assim, a dimensão ativa do direito fundamental ao contraditório¹²³. Outro exemplo é o direito fundamental à decisão fundamentada, há muito compreendido como verdadeira garantia contra o arbítrio¹²⁴, que, em uma perspectiva ativa, tem como finalidade responder ao direito à participação, efetivando o diálogo de forma democrática, sendo, portanto, elemento essencial de uma ideologia democrática da justiça¹²⁵. Também o direito fundamental à duração razoável do processo compreende diversas significações¹²⁶, constituindo-se, entre outras possibilidades, no direito a uma prestação jurisdicional sem dilações indevidas (expressão empregada na Constituição espanhola, art. 24, Segunda parte)¹²⁷. Nas palavras de Daniel Mitidiero, “esse dever grava, indubitavelmente, tanto o Estado-legislador, como o Estado-juiz, ambos obrigados à sua realização. Os direitos fundamentais vinculam o Estado em toda sua extensão”¹²⁸.

Neste contexto, conforme leciona Sérgio Luís Wetzel de Mattos, pode-se afirmar que o devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição da República) é aplicável sob a forma de princípio, conferindo, assim, uma posição jurídico-fundamental *prima facie* que vem a ser o direito fundamental a um processo justo, isto é, o direito a um processo legal e informado por direitos fundamentais, celebrado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que de qualquer forma dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto e, enfim, destinado à obtenção de uma proteção judicial efetiva¹²⁹. Não obstante, é essencial salientar que o devido processo legal constitui, igualmente, um direito fundamental em si, no sentido de um conjunto de posições jurídicas

¹²³ No mesmo sentido, COMOGLIO, Paolo. *La Garanzia Costituzionale Dell'azione ed il Processo Civil*. Padova: Cedam, 1970. p. 152; BRAGA, P. S.; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, R. S. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2007. p. 43; CARNACINI, Tito. Tutella Giurisdizionale e Técnica del Processo. In: *Studi in Onore di Enrico Redenti*. Milano: Giuffrè, 1951. p. 700.

¹²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*, n. 29, ano VIII, p. 80, jan./mar. 1983.

¹²⁵ TARUFFO, Michele. Il Significato Costituzionale Dell'obbligo di Motivazione. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 38.

¹²⁶ MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado constitucional*, p. 46.

¹²⁷ Idem, *ibidem*.

¹²⁸ Idem, *ibidem*.

¹²⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*, p. 172.

fundamentais (contraditório, ampla defesa, juiz natural, duração razoável do processo, etc.).

Assim, impende constatar que a perspectiva constitucional dos direitos fundamentais garante o direito fundamental ao processo justo, isto é, não mais um processo estruturado formalmente (estático), mas entendido como garantia mínima de meios e resultados, uma vez que deve ser concretizada não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado modal (ou qualitativo) constante¹³⁰. O processo civil no Estado Democrático de Direito contemporâneo, em suma, não se resume a regular o acesso à justiça, em sentido formal. A sua missão, na ordem dos direitos fundamentais, é proporcionar a todos uma tutela procedimental e substancial¹³¹ justa, adequada e efetiva. Daí falar-se, modernamente, em garantia de um processo justo, informado pelos direitos fundamentais.

Desta forma, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a conseqüente eficácia irradiante sobre as leis processuais permitem a criação de técnicas processuais adequadas, céleres e efetivas à realização do processo justo. Neste contexto, refere Eduardo Cambi que a ausência de regras processuais não é, pois, capaz de inviabilizar a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, cabendo ao juiz, na ausência de lei expressa, suprir a omissão obstaculizadora dos direitos fundamentais¹³². De forma mais profunda, tem-se que o processo deve partir do direito material, da realidade substancial, e ao direito material deve voltar¹³³. O processo recebe direito material e devolve direito material, mas daí, já influenciado pela atividade jurisdicional. A busca pela efetivação de um processo justo, nesse sentido, trabalha com a ideia de efetividade do processo, de forma que a tutela jurisdicional seja prestada aos cidadãos de forma adequada, tempestiva e efetiva.

¹³⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bolonha: Il Mulino, v. 1, 2007. p. 63.

¹³¹ “Com isso, relativiza-se a tradicional distinção entre *substance* e *procedure*. Direito processual e direito material não se diferem por critérios absolutos. Mesmo os direitos formais devem ser, igualmente, limitados por dados materiais da realidade, pelos substratos dos princípios jurídicos e pelas estruturas existentes, podendo-se afirmar que há conteúdos substanciais nas disposições processuais.” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 220)

¹³² *Idem*, p. 222.

¹³³ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, p. 70.

Destaca Luigi Paolo Comoglio, nessa perspectiva, que a garantia do *justo processo* é composta por garantias mínimas (como o direito de ação e defesa, o direito ao contraditório, à independência e à imparcialidade do juiz, ao processo efetivo com duração razoável, entre outras): “*Che si compenetrano saldamente, come parte del tutto con le garanzie di protezione e di tutela dei diritti inviolabili dell’uomo*”¹³⁴. Em conclusão:

As garantias processuais mínimas, nesse contexto, passam a constituir ou integrar a lista dos *direitos fundamentais* ou *direitos invioláveis do homem*, reconhecidos não só nas Constituições, mas também nas Convenções e Tratados Internacionais.¹³⁵

O direito fundamental ao processo justo, portanto, faz com que o processo não seja caracterizado por um objeto formal ou abstrato (processo *tout court*), assumindo um conteúdo modal qualificado, que, na verdade, é a face dinâmica do devido processo legal¹³⁶. Com efeito, não se garante uma perspectiva meramente formal ao fenômeno jurídico, possibilitando que os institutos processuais sejam filtrados pela Constituição da República, sendo substancialmente conformados pelos direitos fundamentais. Desta forma, o processo justo, no Estado Democrático de Direito, é perpassado pelos valores constitucionais vigentes, de forma a que se realize a justiça no caso concreto, em vista de que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade justa (conforme o art. 3º da Constituição), objetivo que passa, obrigatoriamente, pela construção de processos justos e decisões equânimes¹³⁷.

¹³⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 278.

¹³⁵ A tutela do processo justo, por exemplo, encontra previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas, de 1948; na Convenção Europeia, de 1950; no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de 1966; no Tratado de Roma, instituidor da Comunidade Europeia, de 1950; no Ato Único Europeu, de 1986; no Tratado de Maastricht, de 1992; no Tratado de Amsterdã, de 1997; e no Tratado de Nice, de 2000; e, na América, na Convenção Internacional de São José da Costa Rica, de 1969, a que aderiu o Brasil (Decreto nº 678/1992), integrando-o ao ordenamento jurídico interno. Nesse Pacto, acham-se incorporadas todas as garantias que compõem modernamente o denominado “justo processo”, entre elas o “direito ao acesso efetivo à jurisdição em tempo razoável” (ANDRADE, Érico. O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade: proposta de releitura à luz da efetividade do processo. Tese de Doutorado, UFMG – Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2008. p. 43, nota 144).

¹³⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, p. 221.

¹³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, p. 72.

5 O DIREITO AO PROCESSO JUSTO NA CONCEPÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (LEI Nº 13.105/2015)

Na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, o Código de Processo Civil pode ser compreendido como um “esforço do legislador infraconstitucional para densificar o direito de ação como direito a um processo justo”¹³⁸, compatível com a necessidade de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos¹³⁹. Com efeito, o Código de Processo Civil deve ser compreendido com uma das formas de concretização dos direitos fundamentais processuais previstos na Constituição da República, sendo igualmente imperioso afirmar que o mesmo deve ser interpretado de acordo com os valores e princípios previstos na própria Constituição.

Nesse cenário, há muito se advogava a ideia de que o novo Código de Processo Civil deveria, pois, obrigatoriamente, ser conformado pelos valores previstos na Constituição¹⁴⁰, mormente para que sejam alcançadas as linhas fundamentais de um processo justo¹⁴¹, próprias do Estado Democrático de Direito¹⁴².

Nesse contexto, relevante salientar a forma como o novo Código de Processo Civil tratou, por exemplo, o princípio da igualdade. Com efeito, o princípio da igualdade determina a necessidade de o processo civil organizar-se de forma que se outorgue relevância à verossimilhança das alegações de uma das partes como critério de distribuição do ônus do tempo do processo, à necessidade de instituir-se cláusula geral de dinamização do ônus da prova no

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 15.

¹³⁹ Para uma melhor compreensão, ver também em THEODO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC - Fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2015.

¹⁴⁰ Em igual sentido, o prefácio, assinado pelo Ministro Dias Toffoli, a obra *Novo Código de Processo Civil: comparativo entre o projeto do novo CPC e o CPC de 1973* (Org. Jefferson Carús Guedes, Felipe Camilo Dall’Alba, Guilherme Beux Nassif Azem e Liliane Ária Busato; prefácio de Dias Tóffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 9-10.

¹⁴¹ Na Exposição de Motivos do projeto do CPC retira-se a seguinte passagem: “O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, por que mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”.

¹⁴² Nesse sentido, vale a transcrição do seguinte trecho da Exposição de Motivos do projeto do novo CPC, que aponta a necessidade de “deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam os valores constitucionais”.

processo civil e à necessidade de prestar assistência jurídica integral ao menos favorecido economicamente¹⁴³.

Como reflexo do princípio da igualdade, um dos elementos basilares daquilo que se denomina processo justo, o novo Código de Processo Civil disciplina, exemplificativamente: (i) a possibilidade de dinamização do ônus da prova (art. 373, § 1º, do NCPC); (ii) a tutela de evidência (art. 311 do NCPC); (iii) o direito ao benefício da assistência judiciária gratuita (art. 98 do NCPC). No mesmo sentido, o art. 7º do novel diploma processual expressamente prevê que

é assegurada às partes paridade em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Outrossim, também com vistas à promoção de um processo justo, o novo Código de Processo Civil, a partir da concepção de que “não há Estado Constitucional, que é Estado Democrático, sem direito à participação no processo”¹⁴⁴, estabelece no art. 4º que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” e, logo em seguida, no art. 10 prescreve que

o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre qual tenha que decidir de ofício.

Com efeito, entende-se salutar a proposta do novo Código de Processo Civil, que já nos seus primeiros artigos trata de enunciar os principais direitos fundamentais civis (arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11). Nesse sentido, consta na Exposição de Motivos do Projeto que a inclusão dos princípios constitucionais no novo CPC, na sua versão constitucional, justifica-se pela necessidade de que fique evidente a *harmonia da lei ordinária em relação à Constituição da República*.

Em suma, o direito de ação, pelo novo Código de Processo Civil, deve ser compreendido como um direito a um processo justo (art. 5º, LIV, da Constituição da República). Somente um processo justo pode levar à obtenção de uma

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*, p. 18.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 19.

decisão judicial democrática¹⁴⁵, participativa e proferida em um contraditório. O direito ao processo justo é condição necessária para a formulação de uma decisão conforme o Direito. A estruturação do processo, do ponto de vista procedimental, deve ser justa, ou seja, deve ser pensada de modo a propiciar concordância entre as várias finalidades que o processo deve levar adiante para consecução de sua justa organização¹⁴⁶.

Em igual sentido, entende-se que o direito ao processo justo (no Estado Democrático de Direito), que (sim) equivale à ideia de devido processo legal (no Estado Liberal), também constitui direito a um processo adequado e tempestivo e, daí, decorre o direito à ação adequada e à tutela constitucional dos direitos no modelo do Estado Democrático de Direito.

APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

A sociedade brasileira, hodiernamente, vive um momento de inovações e transformações políticas, jurídicas e sociais. Este início de século XXI convive com diferentes tipos de crises, crises que evidenciam uma necessidade urgente de revisão de paradigmas, bem como a construção de novos modelos capazes de atender a uma demanda cada vez mais crescente e urgente de prestação jurisdicional, contexto em que a tutela dos direitos fundamentais – sob o prisma do Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º da Constituição da República – ganha relevo e importância no atual cenário jurídico e processual pátrio.

O Estado Democrático de Direito, nas palavras de Darci Guimarães Ribeiro, apresenta como princípios essenciais e conformadores: o princípio da constitucionalidade, o princípio democrático, o sistema de direitos fundamentais e o princípio da justiça social entre outros¹⁴⁷. É neste contexto e diante desta principiologia que emerge a construção de um direito processual constitucional que passa a refletir estas e outras questões, assim como analisando os problemas que afligem o processo como instrumento constitucional de garantia dos direitos

¹⁴⁵ “Uma das bases da perspectiva democrática, trazida pelo novo CPC reside na manutenção da tensão entre as perspectivas liberais e sociais, impondo que a comunidade de trabalho deva ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo.” (THEODO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*, p. 80).

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*, p. 20.

¹⁴⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional à formas de tutela*, p. 57.

fundamentais. Recorrendo-se novamente à lição de Darci Guimarães Ribeiro, tem-se que

modernamente, os processualistas, preocupados com o fenômeno da efetividade do processo, estão recorrendo ao caminho inverso daquele utilizado pela doutrina processual do início do século, pois, enquanto estes perseguiram o afastamento do processo a respeito do direito material, aqueles perseguem uma aproximação entre processo e direito.¹⁴⁸

E esta aproximação entre direito e processo é justamente um dos fundamentos de sustentação da ideia de consolidação de um processo justo.

Nessa perspectiva, o *due process of law* do Estado Liberal, antes visto apenas como uma simples garantia do cidadão contra o Estado, muito antes de um equivalente no processo justo, passa a ser classificado como o direito de exigir ações positivas do Estado, no sentido de se tutelar os direitos fundamentais, seja dentro ou fora do processo. No Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica deixa de ser estática e passa a ser dinâmica. Enquanto a segurança, em perspectiva estática, assentava-se na garantia do devido processo legal, uma perspectiva dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais com maior eficácia possível, cria condições para a sustentação jurídica um direito fundamental a um processo justo. E se no Estado Liberal o indivíduo tem direito a garantias constitucionais, no Estado Democrático estas garantias ganham o dinamismo e a efetividade da tutela dos direitos fundamentais.

Assim, dentro da perspectiva dos direitos fundamentais, o direito ao processo não pode mais ser considerado meramente formal ou abstrato, devendo, pois, assumir um conteúdo qualitativo equivalente à ideia de processo justo, que caracteriza esta face dinâmica do devido processo legal. Todos os institutos e categorias jurídicas processuais passam a ser informados pelos princípios constitucionais e direitos fundamentais. Ora, é necessário ir além do devido processo legal e de suas premissas estabelecidas no Estado Liberal. E, nesse sentido, ir além significa construir as bases para a consolidação da ideia do processo justo.

O direito ao processo justo, com efeito, exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos, tendo a função de *criar* os elementos necessários

¹⁴⁸ *Idem*, p. 78.

à promoção do ideal de garantia (função integrativa), interpretar as regras que já preveem elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função interpretativa), *bloquear* a eficácia das regras que preveem elementos incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade (função bloqueadora) e *otimizar* o alcance do ideal de protetividade dos direitos no Estado Constitucional (função otimizadora).

Não obstante, convém salientar que, diferentemente da Constituição italiana, na qual há previsão expressa no seu art. 111¹⁴⁹ da imposição de um “justo processo”, a Constituição brasileira não prevê literalmente essa garantia. Tal silêncio, contudo, não significa que dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro não haja tal princípio. O legislador constitucional, prevendo a inconveniência de estabelecer um rol taxativo dos direitos constitucionalmente consagrados na Carta Maior, estabeleceu, no § 2º do art. 5º da Constituição da República, a seguinte regra: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

No art. 5º da Constituição da República, portanto, entre os direitos fundamentais, estão estabelecidos os princípios constitucionais básicos do processo justo, quais sejam: i) a garantia de pleno acesso à justiça (inciso XXXV); ii) a garantia do juiz natural (não haverá juízo ou Tribunal de exceção – inciso XXXVII; ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente – inciso LIII); iii) a garantia do devido processo legal (inciso LIV), do contraditório e da ampla defesa (inciso LV); iv) a vedação das provas ilícitas (inciso LVI); v) a garantia de publicidade dos atos processuais (inciso LX), que se completa com exigência de fundamentação de todas as decisões judiciais (CF, art. 93, IX); vi) o dever de assistência jurídica integral e gratuita a todos que comprovarem insuficiência de recursos (inciso LXXIV); vii) garantia de duração razoável do processo e da adoção de meios para assegurar a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII).

Possível, ainda, apontar-se outros princípios constitucionais do processo justo, como o direito à representação técnica (art. 133 da Constituição da República) e à paridade de armas (art. 5º, inciso I, da Constituição da República).

¹⁴⁹ Art. 111: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*”.

O modelo mínimo de processo, no Estado Democrático de Direito, portanto, somente pode ser buscado na Constituição. A fiel observância do direito ao processo justo é condição indispensável para produzir decisões justas, ou seja, trata-se de elemento necessário, embora não único e suficiente, para assegurar-se justiça ao caso concreto. O direito ao processo justo, portanto, constitui direito à organização de um processo justo, tarefa do legislador infraconstitucional, do administrador da justiça e do órgão jurisdicional. Assim, a consecução do direito ao processo justo depende de sua própria viabilização pelo Estado Democrático de Direito, mediante a edição de normas, a administração da estrutura judicante e pela própria atuação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ANDRADE, Érico. O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade: proposta de releitura à luz da efetividade do processo. Tese de Doutorado, UFMG – Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis da nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionali e Giusto Processo. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, 1998.

_____. L'informazione difensiva nella cooperazione giudiziaria europea. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 157, 1995.

_____; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bolonha: Il Mulino, v. 1, 2007.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Organizada por Pietro Costa e Danilo Zolo, com a colaboração de Emílio Santoro; tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juar Terradillos Basoco e Rocio Cantanero. 4. ed. Madrid: Trota, 2000.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado contemporâneo*. Tradução, prefácio e apêndice de Agassis Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HUNT, E. K. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*. Trad. José Ricardo Brandão de Azevedo. Rio de Janeiro: Campus, 1982.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad. José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Trad. Eugênio Bulygin. Buenos Aires: Depalma, 1980.

LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 10, n. 28, jul. 1983.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*, n. 29, ano VIII, p. 80, jan./mar. 1983.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. 2. ed. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Ensaaios sobre a jurisdição voluntária*. Campinas: Millenium, 2000.

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

_____. O processo justo na Constituição Federal de 1988. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 30, n. 91, set. 2003.

MIRANDA. Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. I, 1974.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil, pressupostos sociais, lógicos e ético*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Elementos para teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Processo civil e Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de (1689-1755). *O espírito das leis*. Apresentação de Renato Janine Ribeiro; tradução de Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. reedição. Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em: 30 jun. 2010.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, v. 1, 2010.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade: Coimbra: Coimbra, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional à formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARUFFO, Michele. Il Significato Costituzionale Dell'obbligo di Motivazione. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Submissão em: 26.07.2015

Avaliado em: 29.09.2015 (Avaliador B)

Avaliado em: 13.06.2016 (Avaliador C)

Aceito em: 12.07.2016

