

# O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo

## Procedure, fundamental rights and the transition from the classical liberal state to the contemporary state

**Angela Araujo da Silveira Espindola<sup>1</sup>**

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil  
ange.espindola@gmail.com

**Guilherme Cardoso Antunes da Cunha<sup>2</sup>**

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil  
guilherme@antunesdacunha.adv.br

### Resumo

O presente trabalho iniciará apresentando a transição do Estado Liberal Clássico para o Estado Contemporâneo, começando por um breve histórico e, após, demonstrando a concepção de direito e do processo em cada perfil estatal, com destaque para o paradigma liberal racionalista e o neoconstitucionalismo. Em seguida, analisará o impacto dos compromissos históricos e ideológicos da atual concepção de direito processual contrapondo-a à efetividade da prestação jurisdicional e às necessidades do Estado Contemporâneo. Ao final, apresentará os reflexos dessas averiguações no princípio do devido processo legal, observando a necessidade de uma ação adequada ao caso concreto para uma efetiva tutela dos direitos fundamentais, materiais ou processuais.

**Palavras-chave:** constituição, acesso à justiça, direitos fundamentais, Estado contemporâneo, processo civil, princípios constitucionais do processo.

### Abstract

This paper presents the transition from the Liberal Classical State to the Contemporary State, sketches a brief history of that process and describes the concept of law and procedure in each one of these states, highlighting the liberal rationalist paradigm and

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Unisinos. Av. Unisinos, 950, Cristo Rei, 93022-000, São Leopoldo, RS, Brasil.

<sup>2</sup> Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio Sinos (Unisinos). Av. Unisinos, 950, Cristo Rei, 93022-000, São Leopoldo, RS, Brasil.

neoconstitutionalism. Then it analyzes the principle of judicial control, discussing its history and current design in the light of the effectiveness of adjudication and the needs of the Contemporary State. It concludes by presenting the findings of these reflections on the principle of due process, stressing the need for action appropriate to the concrete case for an effective protection of substantive rights.

**Key words:** constitution, access to justice, fundamental rights, contemporary State, civil procedure, constitutional principles of procedure.

## Considerações iniciais

O Estado Liberal construiu-se a partir das irrisignações que os cidadãos, especialmente a burguesia, estavam nutrido em relação à monarquia absolutista. A nova forma de conceber o Estado tinha como princípio maior a liberdade plena do indivíduo em relação ao Estado, que deveria ser o menos interventor possível, permitindo que os cidadãos (pelas vias do mercado) pudessem, livremente, dar regras a si mesmos. A não intervenção estatal era a base fundamental para que os indivíduos pudessem exercer livremente sua liberdade e gozar de suas propriedades<sup>3</sup>.

O direito, nesta época, para que a economia não sofresse entraves, também assumiu um perfil liberal. O Estado não poderia influir nos negócios individuais, tendo os direitos, então, um perfil mais individualista e uma conotação mercadológica, já que o interesse da classe ascendente era a de um mercado livre e de uma liberdade contra abusos estatais.

Nessa linha de raciocínio, os direitos fundamentais, na concepção liberal-burguesa, eram compreendidos como direitos de defesa do particular contra interferências do Estado em sua propriedade e liberdade. E nada mais. Eram, assim, concebidos apenas como um não agir do Estado, ou seja, direitos de proteção negativos. E o processo civil, por sua vez, que começou a ser teorizado no século XIX, sofreu influência direta do paradigma liberal-racionalista<sup>4</sup> que marcou aquela época<sup>5</sup>.

Entretanto, com a vinda da sociedade de massas e, especialmente, após as Guerras Mundiais, tomou-se consciência de que não bastava garantir as liberdades diante do Estado, pois era necessário exigir prestações posi-

vas, prestações sociais capazes de efetivamente possibilitar que a liberdade pudesse ser usufruída, ou seja, eram imperativas prestações idôneas a viabilizar a participação dos particulares na reivindicação de proteção dos direitos fundamentais-sociais e nos próprios procedimentos judiciais voltados à tutela dos direitos, a serem organizados e adequados. Diante dessas circunstâncias, foi necessário que o Estado passasse a ter um caráter social, preocupando-se com o desenvolvimento dos indivíduos que formavam a sociedade. O Estado aumentou sensivelmente seu âmbito de atuação, procurando tutelar as desigualdades materiais existentes, visando à justiça social. E isso tudo impactou a concepção do direito material, do direito processual e da jurisdição estatal<sup>6</sup>.

É neste cenário que se inserem as reflexões deste trabalho sobre o tema *Jurisdição, Processo e Direitos Fundamentais*. Inicialmente, pretende-se apresentar a transição do Estado Liberal Clássico para o Estado Contemporâneo<sup>7</sup>, demonstrando a concepção de direito em cada um dos perfis assumidos pelo Estado moderno, mostrando o paradigma liberal-racionalista e a construção do Neoconstitucionalismo bem como seu impacto na Jurisdição e no Processo Civil brasileiro.

A partir de então, pretende-se analisar, em especial, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, discorrendo sobre seu histórico e sobre sua atual concepção, à luz da efetividade da prestação jurisdicional e das necessidades do Estado Contemporâneo. Da mesma forma, em seguida, pretende-se analisar o princípio do devido processo legal, observando a necessidade de uma prestação jurisdicional adequada ao caso concreto para uma efetiva tutela dos direitos materiais<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Sobre as diversas roupagens assumidas pelo Estado Moderno e suas transições, consultar Bolzan de Morais (1996) e Bolzan de Morais e Streck (2006).

<sup>4</sup> Neste sentido, consultar Baptista da Silva (2007b). Ver também: Baptista da Silva (2008b); Marinoni (2006); Cambi (2010); Nunes (2009).

<sup>5</sup> No mesmo sentido, consultar: Espindola et al. (2009).

<sup>6</sup> Neste sentido, consultar: Bolzan de Morais (1996) e Bolzan de Morais e Streck (2006).

<sup>7</sup> Opta-se, para os limites deste artigo, pela expressão *Estado contemporâneo*, haja vista que a transição do Estado Liberal para o Estado Social até a proposta de construção de um Estado Democrático de Direito ainda não está completa. Deste modo, vive-se hoje um Estado contemporâneo que padece de inúmeras crises, sem ter alcançado a plenitude de um Estado democrático de direito.

<sup>8</sup> Neste sentido, consultar Ribeiro (2010) e Mitidiero (2007).

## Da transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo: a emergência de (novos) paradigmas

A doutrina do liberalismo serviu de substrato ideológico às revoluções antiabsolutistas que ocorreram na Europa ao longo dos séculos XVII-XVIII e à luta pela independência dos Estados Unidos da América. Os ideais liberais defendiam uma ampla liberdade individual, a democracia representativa com separação e independência entre os poderes, o direito à propriedade e a livre iniciativa (Bonavides, 2003). Para romper com o Absolutismo, necessitava-se de um Estado com um papel definido, no qual imperasse a lei, fazendo com que o poder político fosse limitado, evitando-se os abusos. Surgiu, assim, o Constitucionalismo Moderno, com a finalidade de controlar o exercício do poder político, garantir aos cidadãos o respeito à lei por parte dos órgãos do governo. O Estado Absolutista cedia, então, lugar ao Estado Liberal Clássico, cuja política de não intervenção passou a restringir a atividade estatal, limitando seus poderes. A finalidade principal era a garantia de direitos individuais, tendo o direito um perfil repressivo e reparador, coagindo as atitudes dos cidadãos, para assegurar o livre desenvolvimento das pretensões individuais. E a burguesia, fortalecida com seu poder econômico, rompeu com a monarquia absolutista, defendendo a extinção dos controles impostos pelo mercantilismo (Bonavides, 2003).

O liberalismo exaltava o individualismo, considerando que os interesses individuais livremente desenvolvidos seriam harmonizados pela “mão invisível” de Adam Smith<sup>9</sup> e resultariam no bem-estar coletivo. A apologia do interesse individual e a rejeição da intervenção estatal na economia transformar-se-iam nas teses básicas desse sistema, e a livre concorrência passou a ser considerada essencial para uma economia eficiente (Bolzan de Moraes e Streck, 2006). Portanto, o argumento da “mão invisível” e a fé na natureza automática e autorregulável do “divino mercado”<sup>10</sup> demonstravam que as principais funções do Estado deveriam ser fazer cumprir os contratos e defender os poderes e privilégios da propriedade privada, na medida em que se acreditava que o mercado regulava a atividade produtiva, e ao Estado caberia tão somente proteger tal situação (Hunt, 1982).

No Estado Liberal Clássico, os parlamentos da Europa continental reservaram a si o poder político mediante a fórmula do princípio da legalidade. Diante da hegemonia do parlamento, o executivo e o judiciário assumiram posições óbvias de subordinação; o executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus limites, enquanto o judiciário somente poderia aplicá-la, sem poder interpretá-la. Logo, a lei foi concebida como norma necessariamente geral e abstrata, a fim de defender os cidadãos dos privilégios e abusos típicos do Estado Absolutista, tendo tal concepção o fim de garantir a imparcialidade do Estado e a estabilidade da ordem jurídica (Zagrebelsky, 2007).

E a burguesia, para lutar contra o forte governo monárquico absolutista, preocupada em garantir liberdade e propriedade, também forçava o ideal de império da lei (e, por isso, da representação popular), onde esta seria algo geral e racional, preservando-se, com isso, invasões às liberdades individuais e à propriedade privada (Schmitt, 2001).

Assim, a tradição liberal concebia o Estado de Direito como limitado apenas por proibições, a fim de garantir os direitos individuais de liberdade e propriedade, trazendo, então, somente garantias negativas, ou seja, deveres de não fazer para o Estado, de não interferir na esfera dos particulares (Ferrajoli, 2000).

Portanto, nesta época em que o direito se resumia à lei, sendo esta fruto exclusivo das casas legislativas, o positivismo jurídico teve terreno fértil para florescer, já que o juiz – como já se disse acima – não poderia utilizar de elementos interpretativos para julgar, pois traria isso insegurança jurídica à sociedade, motivo pelo qual devia o julgador limitar-se a pronunciar a palavra da lei (Tarello, 1976).

Neste contexto, o positivismo jurídico, iluminado pelo paradigma então dominante, resumidamente, definia o direito como um conjunto de comandos emanados pela autoridade competente, introduzindo na concepção o elemento único de validade da norma, considerando, portanto, normas jurídicas todas aquelas emanadas de um determinado modo estabelecido pelo ordenamento jurídico, prescindindo do fato de essas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade. Esta doutrina, por isso, exclui da definição de direito toda e qualquer qualificação fundada num juízo de valor que comporte a distinção do próprio direito em bom ou mau, justo e injusto (Bobbio, 2006).

<sup>9</sup> A expressão é de Smith (1999).

<sup>10</sup> A expressão é de Dufour (2009).

Assim, em relação ao império do positivismo no Estado Liberal Clássico, o surgimento desta doutrina foi considerado, por Luigi Ferrajoli, uma primeira revolução, com o surgimento do princípio da legalidade (eminentemente de natureza formal), o qual separava a justiça da validade da norma, pois acreditava na presunção de justiça do direito vigente (Ferrajoli, 2001).

Portanto, no Estado Liberal Clássico o judiciário era concebido apenas como um poder/função subordinado(a), que teria a missão exclusiva de reproduzir e revelar as palavras da lei. E como seria impenável a possibilidade de a lei ter duas ou mais vontades, toda a norma jurídica deveria ter sentido unívoco, a ser revelado pelo intérprete, o oráculo da lei (Baptista da Silva, 2004).

Conforme assevera Streck, o processo interpretativo do positivismo é meramente reprodutivo, pois a lei era vista como uma lei em si, abstraída das condições de produção que a engendraram. Tal discurso expressa a realidade social de forma imediata, pois o Estado Liberal Clássico era a preservação da liberdade jurídica, o que se fazia através do culto ao princípio da legalidade estrita (Streck, 2007). Isto porque se costumava distinguir, na teoria da separação dos poderes e nos regimes democráticos representativos, as funções atribuídas a cada um dos três poderes do Estado, sendo função dos legisladores prover para o futuro, dos administradores, cuidar do presente, e, por fim, dos juízes a missão de consertar o passado (Baptista da Silva, 2004).

Assim, não era permitido ao juiz a oportunidade de compreender a lei, mas apenas “com a neutralidade de um matemático, resolver o problema ‘algébrico’ da descoberta de sua ‘vontade’”, eliminando-se, assim, qualquer compreensão hermenêutica do sistema jurídico. Com isso, o racionalismo limitou a tarefa judicial a descobrir e verbalizar a vontade da lei, devendo ficar indiferente ao conceito de justiça, para que a segurança jurídica – ideal do Estado Liberal Clássico – imperasse (Baptista da Silva, 2004).

Nesse andar, num sistema que objetiva preservar a liberdade dos cidadãos mediante a restrição dos poderes do juiz, não basta afirmar que este somente pode declarar as palavras da lei, mas, nesta perspectiva, era também necessário impedir os julgamentos fundados em juízos de verossimilhança com cognição sumária das provas. O paradigma liberal-racionalista não toleraria tamanha insegurança. Afora isso, tendo em vista que o paradigma racionalista entendia que a jurisdição tinha um conteúdo eminentemente declaratório, como afirma Baptista da Silva, a composição provisória não compunha efetivamente a lide, já que tais pronuncia-

mentos antecipatórios não aspiram tornarem-se definitivos, tirando-se do processo de conhecimento toda e qualquer atividade jurisdicional executiva, provocando a *ordinarização* do processo (Baptista da Silva, 2007b).

Restringindo um pouco o olhar, verifica-se que este é um dos motivos que justificou a expansão do processo cautelar no direito processual civil brasileiro por meio de medidas conhecidas como “cautelares-satisfativas” – na verdade, autênticas cautelares autônomas, equivocadamente qualificadas como satisfativas. Essa confusão da doutrina brasileira ocorreu porque Calamandrei (2000) definiu cautelaridade no sentido antecipatório do provimento (que lá tinha a finalidade única de defender a jurisdição), fazendo com que parte da doutrina nacional pensasse que essas espécies cautelares nada tivessem a ver com o mérito da causa, pois não solucionavam a lide (Baptista da Silva, 2007a). Segundo Carnelutti, isto decorria da influência do tempo no processo, pois se necessitava, em alguns casos, de “arranjos provisórios” da lide, que requerem algo que penetre em seu âmbito, esboçando-se o processo cautelar, frente ao processo jurisdicional e ao executivo, que seria uma espécie de terceiro tipo de processo, por razão de sua finalidade (Carnelutti, 2000).

A função da tutela cautelar é proteger um direito material à segurança. A questão da existência de uma pretensão à segurança, ínsita em todo ordenamento jurídico estatal, é uma decorrência lógica da ideia de monopólio da jurisdição. Assim, o fundamento da pretensão à segurança, ou do “direito substancial de cautela”, emerge dos princípios constitucionais do processo, imanente a todo Estado de Direito. A jurisdição de urgência, enfim, serve para dar efetividade à tutela jurídica estatal, concretizar o perfil de Estado democrático de direito, garantindo direitos fundamentais. Mas para que o sistema de justiça admita isso, antes há que concluir a transição paradigmática, e despir-se dos compromissos liberais, individualistas e normativistas.

Em face da realidade que se observou pelas práticas dos dogmas do Estado Liberal Clássico, a concepção de Estado foi se modificando, na medida em que foi vista a necessária preocupação com a justiça social e a complexidade de uma sociedade e seus novos direitos. A finalidade do Estado Contemporâneo, enquanto Estado Democrático de Direito, é garantir o desenvolvimento da pessoa humana e a promoção e proteção dos direitos humanos. A intenção é realizar intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade, visando a igualdade, a participação popular no processo político e a uma sociedade justa, através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida para os cidadãos. Como

bem referido por Gisele Cittadino: “É preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político” (Cittadino, 2001-2002).

Importa assinalar que o direito processual não pode mais ser dissociado de uma leitura constitucional, isto é, os institutos processuais criados sob a égide dos valores do Estado Liberal Clássico devem ser relidos à luz dos princípios constitucionais trazidos pelo Estado Democrático de Direito<sup>11</sup>.

Nessa linha, Streck pontifica que a Constituição passou a ser, em sua substancialidade, o alicerce hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico, sendo a Carta Política, assim, a materialização da ordem jurídica apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, procurando concretizar os objetivos traçados em seu texto normativo (Streck, 2007).

Portanto, o positivismo jurídico necessita também de uma releitura. Os direitos fundamentais são a essência do Estado Democrático de Direito, e a “expansão da ação judicial é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas” (Cittadino, 2001-2002), constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material, sendo a concretização desses direitos tarefa permanente: tais direitos constituem exigência imprescindível ao efetivo exercício das liberdades e garantia de igualdade de oportunidades entre os cidadãos, inerentes à noção de um Estado guiado pelo valor da justiça material (Sarlet, 2003). Eis o objetivo do Estado Contemporâneo, para que ele possa vestir-se como um autêntico Estado Democrático de Direito, já anunciado, mas ainda carente de efetiva concretização.

A adequação da lei aos princípios materiais constitucionais e aos direitos fundamentais fez com que a visão positivista – de que as regras têm um determinado significado e que delas não cabe interpretação diversa e, assim, que seriam aplicadas igualmente para todos os casos – sucumbisse, na medida em que os princípios não são limitados como as regras, pois podem ser realizados em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas (Alexy, 1997).

Esta visão de adequação da lei aos princípios e direitos trazidos pela Constituição fez com que os valores positivistas ficassem ultrapassados. Luigi Ferrajoli, desta vez criticando a era da onipotência do legislador

que ocorrera no Estado Liberal Clássico, apresenta o que define como a “segunda revolução”, consistente na mudança de concepção do princípio da legalidade, que passou a ter uma roupagem substancial, rompendo com a ideia de que a norma validamente posta goza de presunção de justiça (Ferrajoli, 2001).

O Estado Democrático de Direito emerge para combater a filosofia política dos fins limitados do Estado, pretendendo dar valor aos cidadãos através do culto à justiça e sabendo que é fundamental dar ao conceito de justiça um conteúdo substancial e efetivo, reduzindo as diferenças sociais e econômicas, devendo ser, indispensavelmente, um Estado intervencionista, agindo sobre a ordem econômica e social. Nessa linha, nota-se que a justiça (material, substantiva) passa a ser importante para o Estado. Surgem direitos sociais dos indivíduos, ou seja, direitos a prestações positivas do Estado, correspondendo a deveres de fazer, o que se entende por garantias sociais positivas, ampliando-se a noção que se tinha no Estado de Direito Liberal (Ferrajoli, 2000). Para além destes surgem ainda os novos direitos carentes de um novo paradigma, de uma prestação jurisdicional renovada, eis que os modelos jurisdicionais mostram-se esgotados ou limitadas para lidar com questões sociais, transindividuais, coletivas ou mesmo ligadas às novas tecnologias. Apenas com esse novo entendimento se conseguirá lidar com uma sociedade altamente complexa, díspar e excludente, utilizando-se de um processo interpretativo de caráter produtivo, possibilitando a realização da função social do direito material e do direito processual (Streck, 2007).

### **As “garantias constitucionais do processo” no contexto de transição paradigmática: a prevalência dos direitos fundamentais no/do processo jurisdicional**

A nova ordem constitucional e a nova concepção de Estado trouxeram novas necessidades para o direito processual, surgindo ondas de renovação para o sistema processual concebido no Estado Liberal Clássico, na medida em que é natural que o instrumento se altere para adaptar-se às mutantes necessidades funcionais e estruturais decorrentes da variação dos objetivos substanciais que a sociedade de massa persegue e precisa. Para tanto, fizeram-se (e, mais: ainda se fazem!) necessárias mudanças (estruturais) no sistema processual<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Neste sentido, consultar Ribeiro (2007, p. 74).

<sup>12</sup> Ao tratar de reformas estruturais, vale-se aqui da compreensão de Baptista da Silva em seu texto “Da função à estrutura” (Baptista da Silva, 2008a, p. 89-100).

Por isso, a efetividade do processo constitui um direito fundamental, devendo os textos normativos infraconstitucionais processuais serem revistos e reinterpretados em conformidade com o paradigma do Estado democrático de direito, não podendo mais o processo jurisdicional ser um obstáculo à realização do direito material, mas antes condição de possibilidade para a realização dos direitos previstos na ordem jurídica (Streck, 2007).

A construção de um processo civil atento ao paradigma do Estado Democrático de Direito, à concretização dos direitos, aos princípios processuais constitucionais e, conseqüentemente, ao “acontecer” da Constituição precisa superar o peso cultural do paradigma racionalista bem como os valores liberais individualistas ainda remanescentes. Assumir essa preocupação é condição de possibilidade para a defesa da jurisdição estatal e da democracia sem desconsiderar o contexto histórico em que sociedade moderna – complexa e pluralista – se encontra.

A tradição jurídica romano-canônica, à qual o direito processual civil brasileiro se vincula, eliminou os conceitos de pretensão e ação de direito material, dificultando o convívio com as formas de tutela preventiva, estruturando-se no paradigma racionalista e na rígida doutrina da separação dos poderes. O direito processual civil, nessas bases, é tomado como um instrumento jurídico puramente formal, abstrato, descomprometido com a história, com o tempo do direito (e conseqüentemente com o próprio homem), pretendendo-se perene como uma figura geométrica, sem conseguir presentificar-se em relação ao futuro. Tudo isso, resultado da força da formação cartesiana, merece ser substituído pela compreensão hermenêutica do direito e do processo, fazendo-os caminhar em direção ao futuro.

Por todos os compromissos históricos e ideológicos, é compreensível a dificuldade *estrutural* que a tradição romano-canônica enfrenta para a construção de uma tutela processual justa e adequada, não só repressiva e reparadora, mas também preventiva e precautiva, para dar conta da emergência dos novos direitos, atendendo a concretização dos direitos fundamentais.

No plano processual, a efetividade do processo indica a consecução do resultado prático objetivado pela atuação da jurisdição, ou seja, a realização plena dos fins perseguidos pelo processo. A efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, que representa a materialização

dos preceitos legais e simboliza a maior aproximação possível entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (Barroso, 2003).

É necessário convir que os conceitos e institutos clássicos do processo há muito tempo vêm-se mostrando impotentes para a tutela dos direitos, observando-se a insuficiência do processo civil tradicional para operar com os novos direitos, considerados típicos da sociedade complexa e de massa. Esta insuficiência fez eclodir novos instrumentos de tutela dos direitos, mais adequados às peculiaridades do Estado Democrático de Direito, em especial à necessidade de tutelas preventivas e de tutelas coletivas.

Então, a prestação jurisdicional há de ser compreendida não somente como o exercício do direito de provocar a jurisdição (como pensado à época do Estado Liberal Clássico), mas sim como direito à adequada prestação jurisdicional, envolvendo o direito a um procedimento, a um provimento e a meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão de direito material (Arenhart, 2000). Na verdade, mais do que isso: trata-se de delinear o perfil de um novo processo, um processo jurisdicional democrático, atendendo ao paradigma do Estado Democrático de Direito, aos princípios constitucionais, aos direitos fundamentais e à participação cidadã. A definição do Estado Contemporâneo enquanto um Estado Democrático de Direito carece de um processo jurisdicional democrático<sup>13</sup>.

O direito à efetividade da jurisdição é o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar o bem da vida de que se considera titular, devendo ser assegurados a esse indivíduo ou coletivamente meios expeditos e eficazes, que tenham aptidão de propiciar a concretização fática do direito. O dever imposto ao indivíduo de submeter-se obrigatoriamente à jurisdição estatal não pode representar, por isso, um castigo (Zavascki, 1997). Portanto, as garantias constitucionais processuais (ou direitos fundamentais processuais) asseguram um mecanismo adequado ao tratamento dos conflitos ou à sua prevenção, sendo garantias de meio e de resultado, pois estão diretamente relacionadas não apenas aos instrumentos processuais adequados, como também a um resultado efetivo. Não se trata, evidentemente, de direito ao resultado favorável, tampouco apenas de exercício do direito de acesso ao judiciário ou direito de petição. É direito à efetividade da jurisdição por meio de um processo jurisdicional democrático.

<sup>13</sup> Neste sentido, consultar: Nunes (2009).

Sabendo que o paradigma liberal racionalista valorava o individualismo e a segurança jurídica, ao ponto de não aceitar tutelas preventivas sem uma cognição exauriente, não se deve, por outro lado, valorar a ponto máximo a efetividade da jurisdição, esquecendo-se a segurança jurídica. Assim, a fórmula para viabilizar a concretização dos princípios processuais constitucionais e dos direitos fundamentais pela metodologia de um processo jurisdicional democrático é a outorga de tutelas preventivas e tutelas coletivas, para além das tutelas repressivas e das tutelas individuais, sem eliminar estas, mas agregando-lhes aquelas, sob um novo olhar.

Consequentemente, a visão estática da segurança, que se baseava na garantia do devido processo legal, deve ser substituída por uma visão dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais (e pressupondo a existência e o desenvolvimento de um processo devido) (Nery Júnior, 2009), fazendo com que a segurança já não seja mais vista com os olhos do Estado Liberal Clássico, onde a segurança tendia a ser o valor primordial, pois não serve mais aos fins sociais e democráticos a que o Estado Contemporâneo se destina. Nessa senda, em razão do caráter principiológico e, portanto, maleável, dos direitos fundamentais, a segurança jurídica deixa de ser estática (assentada unicamente na *garantia* do devido processo legal) e passa a ser dinâmica, aplicada à luz dos direitos fundamentais com maior eficácia possível (Oliveira, 2008).

Tendo em vista que o direito da inafastabilidade do controle jurisdicional garante tutela jurisdicional não apenas quando há lesão de direito, mas também diante de uma ameaça de sua violação, não garante apenas um devido processo legal tendente a uma tutela jurisdicional repressiva (atuada após lesão de direito), mas assegura, ainda, o acesso a um processo tendente a evitar lesão do direito, a uma tutela jurisdicional efetiva, atuada quando exista tão somente a ameaça da lesão.<sup>14</sup>

A jurisdição, na época do Estado Liberal, tinha a função de viabilizar a reparação de um dano, uma vez que não se concebia que o juiz pudesse atuar contra uma ação humana antes que esta tivesse violado o ordenamento jurídico. Logo, ao juiz não era dado o poder de, por exemplo, evitar a prática de uma conduta sob o argumento de que poderia violar a lei, pois isto seria um atentado à liberdade individual, tendo a jurisdição apenas função individualista e repressiva (Marinoni, 2007).

O ideal liberalista, que unifica a categoria da ilicitude com a da responsabilidade civil, através da visão mercadológica dos direitos, tão importante para o aquecimento da economia liberal, ainda está presente na doutrina brasileira. “Não interessa ao Direito Civil a atividade ilícita de que não resulte prejuízo”, afirma Orlando Gomes, para exemplificar-se aqui a postura da doutrina e a força de um paradigma. Ora, o dano integra-se na própria estrutura do ilícito civil. Veja-se, conforme afirma Orlando Gomes, que “não é de boa lógica, seguramente, introduzir a função no conceito. Talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade do que do ato ilícito. Seria este simplesmente a conduta *contra jus*, numa palavra, a injúria, fosse qual fosse a consequência. Mas, em verdade, o Direito perderia seu sentido prático se tivesse de ater-se a conceitos puros. O ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso. [...] Sem injúria, na acepção civilística do termo, não se consubstancia o ilícito civil” (Gomes, 1992, p. 313-314).

O problema está no entendimento liberal de que ninguém poderia ser coagido de nenhuma forma a realizar algo, pois isso seria violência e opressão, razão pela qual se criou uma universalização das obrigações, acabando todas elas em resolução por perdas e danos, contribuindo para que fosse impossível uma tutela específica das obrigações (especialmente as de fazer ou não fazer), sendo, assim, substituídas pelo equivalente monetário<sup>15</sup>.

Percebe-se, então, que a configuração de uma tutela genuinamente preventiva implica a quebra do dogma de que a única tutela contra o ilícito seria a reparação do dano por ele causado, o que acabaria na tutela ressarcitória, ainda que na forma específica, que tinha o escopo de apenas garantir a integridade patrimonial dos direitos (Marinoni, 2006).

Dessa forma, o direito processual civil (e suas instituições) deve ter a capacidade de construir-se e reconstruir-se a partir do tempo do direito, voltando-se também para o futuro e para o coletivo. Diante disso, há que se investigar uma nova forma de atuação da jurisdição por meio das tutelas preventivas e coletivas, primando pelos direitos fundamentais processuais (ou garantias constitucionais do processo).

A ideia de igualdade formal, ao refletir a impossibilidade de tratamento diferenciado às diferentes posições sociais e aos bens, unificou o valor dos direitos

<sup>14</sup>Veja-se neste sentido: Espindola (2008).

<sup>15</sup>Neste sentido, consultar: Ribeiro (2007, p. 75).

(como já se disse, função mercadológica dos direitos no Estado Liberal), permitindo a sua expressão em dinheiro e, assim, que a jurisdição pudesse conferir a todos eles um significado em pecúnia. E isso fez com que a jurisdição fosse dirigida a prestar tutela aos direitos privados violados, daí por que a classificação trinária das sentenças era suficiente no direito processual concebido naquela época e não era necessária ou urgente a construção de uma autêntica tutela jurisdicional preventiva (Marinoni, 2007).

Contudo, com o advento da sociedade contemporânea e a necessidade de mudança de paradigma – já estudado linhas acima –, constatou-se que, especialmente no âmbito das obrigações, para que fosse dado ao titular do direito exatamente aquilo que ele obteria se não tivesse sido necessário o processo (e, assim, prestar a tutela jurisdicional efetiva), seria necessário um sistema novo de tutela, que fizesse uso da tutela preventiva, se adotasse a técnica de antecipação dos efeitos da tutela e, por fim, se impusessem ordens ao réu (Wambier et al., 2006).

Sabe-se que, em lição há muito já proferida por Carnelutti, o tempo necessário para a composição do litígio – leia-se sentença final definitiva – implica um custo considerável, especialmente em relação ao tempo, pois a duração do processo é um de seus defeitos humanos que, mesmo com seu aperfeiçoamento, não poderão jamais ser eliminados por completo (Carnelutti, 2000).

Como já se viu, a visão mercadológica dos direitos constante no Estado Liberal Clássico e que manteve influência durante quase todo o século XX deu à jurisdição uma tradicional função de tutela ressarcitória, pois afirmava que a única tutela contra o ilícito seria a reparação do dano, não importando para o Direito, então, qualquer atividade ilícita da qual não resultasse algum prejuízo. Portanto, o sistema processual não estava preocupado com a adequação dos provimentos jurisdicionais (Marinoni, 2006).

Sabe-se que a prestação efetiva da tutela do direito depende do provimento adequado, quer dizer, a decisão interlocutória e a sentença devem assumir formas variadas para poder tutelar de maneira adequada os direitos. A sentença condenatória, por exemplo, por motivos culturais e políticos, foi atrelada aos meios de execução por sub-rogação tipificados na lei, sendo incapaz de prestar as tutelas inibitória e de remoção do ilícito, entre outras.

Importante anotar que, se é necessário um procedimento adequado para viabilizar a efetividade da tu-

tela jurisdicional e, por consequência, tutelar adequadamente os direitos materiais, é pouco mais que evidente que é fundamental que no sistema processual ofereça, ainda, meios de execução adequados para os mais diversos casos de direito material, pois são também técnicas processuais para a efetiva tutela jurisdicional, pois interferem diretamente no resultado que o processo pode proporcionar no direito material (Marinoni, 2004).

Por conseguinte, nota-se a suma necessidade da atipicidade dos meios executivos e mandamentais, e a possibilidade de escolha, no caso concreto, daquele meio mais adequado e ao mesmo tempo menos oneroso ao requerido, o que os artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil e o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor permitem sem maiores discussões<sup>16</sup>.

Frise-se, por necessário, que estes mecanismos legais permitem que, num mesmo processo, reúnam-se, simultaneamente, conhecimento e execução, e os provimentos nele emitidos (decisão interlocutória e sentença) não só dão ensejo a atos executivos, como também têm força mandamental, nada impedindo que essas duas eficácias possam decorrer de um mesmo provimento do juiz.

Diante disso, fica evidente que o Estado Contemporâneo caracteriza-se, no campo da tutela dos direitos, pelo ônus de prestar a tutela jurisdicional adequada (às necessidades do direito material posto em causa) e efetiva (realizar a pretensão especificamente) no caso concreto (Oliveira e Mitidiero, 2010), pois é condição de uma proteção jurídica efetiva que o resultado do procedimento proteja os direitos materiais dos titulares desses direitos envolvidos no processo (Alexy, 2008).

Assim sendo, as garantias constitucionais processuais, encaradas no Estado Liberal Clássico como defesas do cidadão contra o Estado, passam a ser encaradas, no Estado Contemporâneo, como direitos fundamentais, com eficácia plena e aplicação imediata, possibilitando ao cidadão o direito a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, haja vista a obrigação deste Estado em realizar os direitos fundamentais, tudo com vistas a obter a justiça no caso concreto (Oliveira, 2008).

Em relação à utilização da nomenclatura “garantias processuais constitucionais” (meramente formais, fruto do Estado Liberal Clássico) ou “direitos fundamentais processuais” (materiais, imperativos do Estado Contemporâneo), esta última expressão deve passar a ser adotada, eis que a função judiciária eminentemente declaratória (estática) do paradigma racionalista, em

<sup>16</sup> Neste sentido, consultar: Marinoni (2007, p. 292, 297).



face do Estado Contemporâneo, cede lugar a uma função judiciária eminentemente criativa (dinâmica), para que os direitos meramente reconhecidos sejam direitos efetivamente protegidos em concreto<sup>17</sup>.

As tentativas atuais de “modernização” do processo civil brasileiro são incapazes de produzir uma transformação significativa na prática forense: necessitamos de uma profunda revisão do atual paradigma, a fim de torná-lo harmônico com a sociedade complexa, pluralista e democrática que vive no Estado Contemporâneo, devolvendo ao juiz os poderes que o paradigma racionalista lhe tolheu (Baptista da Silva, 2007b).

## Considerações finais

Na filosofia liberal, a intervenção estatal era uma exceção à regra, fazendo com que todas as cautelas e restrições legais fossem tomadas para evitar a ofensa aos valores mais sagrados do Estado Liberal Clássico, estabelecendo, assim, um dos princípios básicos do paradigma racionalista: a segurança jurídica.

O direito de ação, naquela época, era indiferente às distintas necessidades sociais, sendo entendido apenas como o direito formal a propor uma ação, e somente quem poderia suportar os custos e o tempo de uma demanda entraria em juízo, já que a desigualdade econômica e social entre os indivíduos não era uma das preocupações desse Estado. O juiz funcionava meramente como boca da lei e não podia, por isso, interpretá-la, já que esta tinha sentido unívoco e era justa em si, não devendo estar de acordo com princípios e regras constitucionais superiores. Isto serviu para que a segurança imperasse.

Não havia, assim, preocupação com uma tutela preventiva – e nem se poderia pensar nisso, tendo em vista que a segurança jurídica impedia juízos por cognição sumária – e, ademais, nem mesmo com um procedimento adequado, pois o direito tinha cunho repressivo e só agia após o dano, bastando um procedimento reparatório, dotado de meios executivos tipificados previamente.

Contudo, aos poucos se foi observando, a partir de meados do século XX, que esta forma jurídica causava grades desigualdades e injustiças. Necessitava-se cuidar mais do social, devendo o Estado ampliar seu campo de

atuação. A igualdade formal cedia lugar à igualdade substancial e à justiça social, a fim de equilibrar as diferenças existentes entre os membros da sociedade. A partir daí, o direito passou a ser exercido funcionalmente.

Surgiu, assim, o Neoconstitucionalismo, trazendo direitos fundamentais e princípios materiais de justiça social, colocando a Constituição como diretriz básica para a interpretação das leis emanadas do legislativo, permitindo ao juiz interpretá-las e aplicá-las de acordo com a Carta Política.

No contexto de construção do Estado democrático de direito, à luz dos direitos fundamentais do processo e do neoconstitucionalismo, não é possível imaginar o processo como técnica. Esta é importante, porém há que se responder à missão constitucional de efetivamente dar tutela aos direitos nos casos concretos. Isso não significa que as “normas de segurança”, que as garantias de defesa do réu, não serão observadas ou aplicadas, mas, certamente, não terão o mesmo conteúdo emprestado pelo paradigma racionalista.

E como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem, sendo necessária, para um provimento adequado, a possibilidade de utilizar-se a técnica antecipatória e, também, meios executivos idôneos para a consecução fática do direito material. O direito pátrio deveria, por exemplo, utilizar o que no processo civil norte-americano se chama *writ of injunction*, que lá abarca a *action of mandamus*, o nosso conhecido Mandado de Segurança. Os *writs of injunction* são medidas antecipatórias ou provisionais que podem ser propostas contra atos de autoridade ou contra pessoas físicas ou jurídicas<sup>18</sup>.

Portanto, a necessidade contemporânea da efetividade do processo, ao temperar a absoluta procura pela segurança jurídica racionalista, obriga que os princípios processuais constitucionais tenham nova roupagem, com vista a garantir, ao titular do direito material, instrumentos adequados a assegurar a realização plena de seu direito à luz dos direitos fundamentais do processo. O direito é, antes, uma categoria ética a exigir uma realiza-

<sup>17</sup>Veja-se neste sentido em Comoglio (1998, p. 100-101). Apesar do fato de que o simples nome dado às coisas não influi em seu conteúdo, a palavra “garantias” sugere o ideal racionalista do Estado Liberal Clássico, quando essas “garantias” visavam apenas proteger o cidadão (individualista) do abuso estatal; de outro lado, a partir do Estado Contemporâneo, as meras “garantias” do cidadão contra o Estado não são mais suficientes, motivo pelo qual se necessita que essas garantias sejam encaradas e aplicadas como os direitos fundamentais (eficácia plena e aplicação imediata), que, como se viu, não são apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material, sendo a concretização desses direitos uma tarefa criativa (pró-ativa, positiva, etc.), não podendo mais ser encaradas apenas como “garantia” contra eventuais abusos estatais.

<sup>18</sup>Veja-se neste sentido em Soares (1999, p. 111). Frise-se, por necessário, que não se está sustentando a cópia integral e descontextualizada do instituto referido, na medida em que seriam necessárias diversas adaptações da lei processual brasileira para recepcionar tal instituto, mas se utilizou deste para fim unicamente exemplificativo.

ção adequada e justa, ou seja, materialmente correta e normativamente plausível da juridicidade. Há, portanto, que se transformar o direito em um saber prático, rompendo com a objetificação dos textos legais<sup>19</sup>.

Para a efetivação dos direitos fundamentais processuais (as garantias constitucionais do processo) é preciso assumir uma atitude autoquestionadora, correr o risco de tomar uma posição e *arriscar o impossível*, possibilitar o impossível (Zizek e Daly, 2006), ou seja, romper com as posturas padronizadas, sabendo-se, contudo, que em toda pretensão de compreensão há um ponto de cegueira. É provável que a ideia de superar o normativismo e a jurisdição normatizada seja utópica. Porém, como diz Baptista da Silva<sup>20</sup>, não importa quão distante de realização esteja a aspiração a essa superação, tem-se o dever de agir, ultrapassar o perigo potencial da impossibilidade.

## Referências

- ALEXY, R. 1997. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 89 p.
- ALEXY, R. 2008. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 488 p.
- ARENHART, S.C. 2000. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo, RT, 39 p.
- BAPTISTA DA SILVA, O. 2004. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro, Forense, 342 p.
- BAPTISTA DA SILVA, O. 2007a. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 397 p.
- BAPTISTA DA SILVA, O. 2007b. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 201 p.
- BAPTISTA DA SILVA, O. 2008a. Da função à estrutura. In: J.L. BOLZAN DE MORAIS; L.L. STRECK (org.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 89-100.
- BAPTISTA DA SILVA, O.A. 2008b. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro, Forense, 285 p.
- BARROSO, L.R. 2003. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 248 p.
- BOBBIO, N. 2006. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo, Ícone, 239 p.
- BOLZAN DE MORAIS, J.L. 1996. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 247 p.
- BOLZAN DE MORAIS, J.L.; STRECK, L.L. 2006. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 5ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 55 p.
- BONAVIDES, P. 2003. *Teoria do Estado*. 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 530 p.
- CALAMANDREI, P. 2000. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Campinas, Servanda, 245 p.
- CAMBI, E. 2010. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo, RT, 527 p.
- CARNELUTTI, F. 2000. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo, Classic Book, 323 p.
- CASTANHEIRA NEVES, A. 1998. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXIV:1-44 [separata].
- CITTADINO, G. 2001-2002. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, 2:135-144.
- COMOGLIO, L.P. 1998. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, 23(90): 95-148.
- DUFOUR, D.-R. 2009. *Divino mercado: a revolução cultural liberal*. Rio de Janeiro, Companhia de Freud, 285 p.
- ESPINDOLA, A.A. da S. 2008. *Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do estado democrático de direito?)*. São Leopoldo, RS. Tese de doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 305 p.
- ESPINDOLA, A.A. da S.; SALDANHA, J.M.L.; MACHADO, S. 2009. A intensificação do chamado à jurisdição: vícios e virtudes do processo civil brasileiro. *ElDial.com*, 2735: 2-2.
- FERRAJOLI, L. 2001. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5ª ed. Madrid, Trotta, 1019 p.
- FERRAJOLI, L. 2001. *Diritti fondamentali*. Roma, Laterza, 371 p.
- GOMES, O. 2008. *Obrigações*. 17ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 331 p.
- HUNT, E.K. 1982. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*. Rio de Janeiro, Campus, 426 p.
- MARINONI, L.G. 2004. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo, RT, 505 p.
- MARINONI, L.G. 2006. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4ª ed., São Paulo, RT, 540 p.
- MARINONI, L.G. 2007. *Teoria geral do processo*. 2ª ed., São Paulo, RT, 523 p.
- MITIDIERO, D. 2007. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 108 p.
- NERY JÚNIOR, N. 2009. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª ed., São Paulo, RT, 415 p.
- NUNES, D.J.C. 2009. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba, Juruá, 281 p.
- OLIVEIRA, C.A.A. de. 2008. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro, Forense, 214 p.
- OLIVEIRA, C.A.A. de; MITIDIERO, D. 2010. *Curso de processo civil: Volume 1: Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo, Atlas, 395 p.
- RIBEIRO, D.G. 2007. *Esboço de uma teoria processual do direito*. In: L.L. STRECK; J.L. BOLZAN DE MORAIS (orgs.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 53-64.
- RIBEIRO, D. 2010. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 256 p.
- SARLET, I.W. 2003. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 643 p.
- SMITH, A. 1999. *Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 3ª ed., Lisboa, Editora FCG, 349 p.
- SCHMITT, C. 2001. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Universidad Textos, 384 p.
- SOARES, G.F.S. 1999. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo, RT, 197 p.

<sup>19</sup> Neste sentido, consultar: Castanheira Neves (1998).

<sup>20</sup> Nesta senda, Baptista da Silva (2008b, p. 282).

STRECK, L.L. 2007. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 366 p.

TARELLO, G. 1976. *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*. Bologna, il Mulino, 294 p.

WAMBIER, L.R. (coord.); ALMEIDA, F.R.C. de; TALAMINI, E. 2006. *Curso avançado de processo civil, volume 2: processo de execução*. 8ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 590 p.

ZAGREBELSKY, G. 2007. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 7ª ed., Madrid, Trotta, 29 p.

ZAVASCKI, T.A. 1997. *Antecipação da tutela*. São Paulo, Saraiva, 64 p.

ZIZEK, S.; DALY, G. 2006. *Arriscar o impossível: conversas com Žizek*. São Paulo, Martins Fontes, 211 p.

Submetido em: 20/07/2010

Aceito em: 01/04/2011