

# 2

## O PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fabício Simão da Cunha Araújo<sup>1</sup>

### RESUMO

O processo, a partir de sua concepção como procedimento em contraditório, ganhou feição democrática, já que passou a privilegiar a participação das partes. Contudo, é só com a teoria do processo constitucional que ele ganha natureza jurídica de elemento estruturante do Estado Democrático de Direito. Caracterizando-se pela intransigente observância das garantias constitucionais, o processo se alça à estatura de metodologia normativa de garantia e construção dos direitos fundamentais, de forma a controlar os abusos e omissões da autoridade pública e assumir função de elo entre os mais marcantes fundamentos do Estado Democrático de Direito, quais sejam, soberania popular e efetividade dos direitos fundamentais. Na jurisprudência, podemos perceber como o processo constitucional tem, em constante progressão, sido capaz de cumprir a função de concretização de direitos fundamentais. Pela criação de espaço procedimental cognitivo-

<sup>1</sup> Juiz de Direito em Minas Gerais. Mestre e doutorando em Direito Processual pela PUC/MG. Professor na Faculdade Fenordem Teófilo Otoni – MG. Foi Promotor de Justiça no Estado do Paraná e Assessor Jurídico Chefe da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais.

argumentativo se possibilita a organização do discurso quanto à extensão da eficácia do direito fundamental especificamente pleiteado, às reais condições fático-jurídicas do Estado atendê-lo e aos limites da independência entre as funções estatais essenciais, em prol da supremacia da Constituição e da soberania popular.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito. Processo Constitucional. Jurisdição Constitucional das Liberdades. Contraditório. Direitos Fundamentais. Reserva do Possível. Repartição e Independência das Funções Estatais Essenciais.

### ABSTRACT

The process starts its inclusion in democratic paradigm with its conception as a contradictory procedure, since the focus are the stakeholders. However, it is only with the theory of the constitutional process that it raises to the status of democratic State's structuring element. Characterized, then, by uncompromising observance of constitutional guarantees, the process becomes a normative methodology to ensure and (re)construct the fundamental rights in order to curb abuses and omissions of public authorities and assume the role of link between the aforementioned foundations of a democratic State. While the process, through its strong foundations of constitutional stature, ensures legal protection by constantly expanding the effectiveness of fundamental rights, ensures also that the concrete content of such rights will always be built by the protagonist participation of stakeholders in symmetric parity and not simply dictated by the state. Creating a cognitive-argumentative procedural space, it organizes the discourse about the extent of the effectiveness of the fundamental right specifically pleaded (especially the positive ones), the real factual and legal conditions of the State to meet the demand and the limits of independence between State's essential functions, in favor of the supremacy of the Constitution, popular sovereignty, the maximum effectiveness of fundamental rights, ultimately, the Democratic State of Law.

**Keywords:** Democratic State of Law. Constitutional Process. Constitutional Jurisdiction of Liberties. Contradictory. Fundamental Rights. Reserve of State's Obligations Within the Possibilities. Distribution and Independence of State's Essential Functions.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Estado Democrático de Direito. 3. Processo constitucional. 3.1. A contribuição de Fazzalari. 3.2 O processo constitucional. 3.3. Contraditório. 3.4. Jurisdição constitucional democrática. 4. Efetivação dos Direitos Fundamentais pela tutela processual. 5. Considerações finais 7. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Após as tragédias vividas durante a Segunda Guerra Mundial, ao se perceber que a mera previsão constitucional de direitos fundamentais sem a garantia dos meios para sua implantação não assegurava sua efetividade na proteção do ser humano, houve um generalizado movimento de constitucionalização de princípios processuais em diversos países.

Iniciou-se, portanto, movimento que permitiu elevar o processo à estatura de garantia fundamental, em uma nova concepção. Deixou de ser instrumento para solução de conflitos pelo Estado para se tornar garantia à pessoa humana de resistir aos abusos e omissões do Estado e/ou de outros particulares, concedendo-lhe espaço político para participação do diálogo democrático.

Agora com hierarquia constitucional, os princípios processuais estruturais passaram a condicionar a interpretação das normas procedimentais infraconstitucionais de forma a, efetivamente, permitir a participação da pessoa no exercício do poder pelo Estado. A partir deles é que se procedeu à *implantação de um coeso e eficiente sistema de garantias e mecanismos que protegesse e assegurasse a efetividade (...)*<sup>2</sup> dos direitos fundamentais.

O Estado, portanto, informado pelo princípio democrático, forjado sobre um complexo e extenso rol de direitos e garantias fundamentais, exerce todas as suas funções sempre de forma concertada e aberta para a efetiva participação dos interessados como requisito de legitimidade de seus atos.

## 2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito pode ser definido como a fusão de dois princípios ou sistemas conexos, o Estado Democrático e o

<sup>2</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 44.

de Direito, de forma que, segundo Ronaldo Brêtas, tais paradigmas constituam *sistemas jurídico-normativos consistentes, (...) verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados (...)*.<sup>3</sup> Em apertada síntese, o Estado de Direito condensa os seguintes subprincípios: (1) império da lei, (2) separação das funções de Estado, (3) submissão do Estado à lei e (4) reconhecimento de direitos fundamentais.<sup>4</sup>

O princípio democrático, por sua vez, está ligado de forma imanente com a fonte de legitimação do poder exercido pelo Estado, que é o povo.

Na acepção formal, em poucas palavras, portanto, pode-se qualificar o Estado como Democrático de Direito quando erige como premissas fundamentais: a soberania popular, o respeito da hierarquia das normas, da repartição das funções estatais e dos direitos fundamentais.

Contudo, é necessário mais do que previsão normativa nesse sentido. Pelo princípio democrático, o exercício das funções estatais e o direito devem externar, como condição de sua legitimidade, constante conexão com a soberania popular, que se manifesta de duas principais formas: pela ampla participação do povo, em posição de protagonismo, na criação, interpretação e aplicação do direito (logo, no exercício das funções estatais) e pela máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Há, portanto, uma *tensão interna, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, entre a pretensão de legitimidade e a positividade do Direito*.<sup>5</sup> Se de um lado o Estado de Direito perquire a validade do Direito, o Estado Democrático exige sua legitimidade.

A soberania, é bom frisar, tem como titular o povo e não o Estado. De fato, segundo Rosemiro Pereira Leal, a Constituição brasileira de 1988 – CB/88 assenta o conceito moderno de soberania por buscar no

<sup>3</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 57.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>5</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 164, 1º e 2º sem. 2000.

povo, muito antes que no Estado a fonte de sua própria existência e legitimidade jurídicas.<sup>6</sup>

Contudo, não basta asseverar que tal titularidade pertence ao povo de forma retórica, mantendo-o com caráter icônico e, conseqüentemente, abstrato e inofensivo. É necessário que o povo seja enxergado *como instância global de legitimidade democrática*,<sup>7</sup> ou seja conjunto de agentes a serem ouvidos de forma ampla, em todos os discursos de produção, aplicação, modificação e extinção dos direitos, de forma que deixem (...) *de ser meramente destinatários do Direito, mas tornem-se seus co-autores*.<sup>8</sup>

Por isso é que Rosemiro Pereira Leal define povo como o *conjunto de legitimados ao processo*<sup>9</sup> e André Del Negri fala em *povo processualmente legitimado*.<sup>10</sup>

E não basta, para a legitimidade do Estado (e de suas funções) garantir a participação do povo. Como instituição que se legitima pela Constituição democrática, é imprescindível *a construção de um locus normativo-linguístico assegurador de um status democrático* aberto a todos. Caso contrário, não se poderá denominar o povo de *legitimados ao processo*.<sup>11</sup>

Ainda vale advertir, não se pode falar em soberania popular como a repetir a clássica fórmula de “governo da maioria”, típica da visão republicanista de Estado Social. No Estado Democrático, a legitimidade do direito pressupõe o invariável respeito dos direitos fundamentais no sentido de *trunfos contra a maioria*.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias*. Leme (SP): Editora de Direito, 1999, p. 35.

<sup>7</sup> DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 31.

<sup>8</sup> SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 220.

<sup>9</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 59.

<sup>10</sup> DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade... cit.*, p. 32.

<sup>11</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 28.

<sup>12</sup> NOVAIS, Jorge Reis *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 249.

Nesse sentido, André Del Negri esclarece que:

No Estado Constitucional e Democrático a compreensão de democracia há de acolher reconstruções conceituais que desmistifiquem a ideia superficial de que o simples fato de haver mobilização da população (linguagem natural) há a construção da democracia. (...) Daí a necessidade de as pessoas serem portadoras de canais procedimentalizados que possam interrogar o sistema normativo.<sup>13</sup>

Portanto, os procedimentos jurídicos pelos quais o poder estatal é exercido só se legitimam democraticamente quando facultam ao povo (na acepção que se vem de mencionar) a participação efetiva na sua construção, por meio de espaços processualizados garantidores de balizas dialógicas eficazes.

Toda atividade estatal deve se realizar seguindo a sequência de atos previstos em lei (procedimento) para a atuação jurídica do poder. Para que tal procedimento possa se qualificar de processo, conferindo legitimidade democrática ao poder exercido, deve atender ao arcabouço de garantias processuais previstas na Constituição.

A este arcabouço, Del Negri, denomina Devido Processo Constitucional, conceituando-o como a *instituição regenciadora de todo e qualquer procedimento (devido processo legal), a fim de tutelar a produção de provimentos seja administrativo, legislativo ou judicial*. Continua esclarecendo que (...) *o devido processo legal, é um direito-garantia que os cidadãos possuem com relação a uma produção democrática do Direito*.<sup>14</sup>

Em suma, o Estado de Direito, na acepção democrática de individualidade coletiva aglutinadora da soberania difusa investida no povo,<sup>15</sup> exerce suas funções fundamentais por meio de diferentes

<sup>13</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 57.

<sup>14</sup> DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 118.

<sup>15</sup> Partimos das lições de Georg Jellinek, para quem, na acepção social, o Estado seria *unidade de associação dotada originariamente de poder de dominação (...)*, para, adaptando a noção ao princípio democrático, concluirmos que a soberania recai no Estado não originariamente, mas na medida em que se configura como

processos de atuação jurídica do poder<sup>16</sup> de forma que, na medida em que se entrelaçam concertadamente, formam um *ciclo de atos de legitimação*.<sup>17</sup>

### 3. PROCESSO CONSTITUCIONAL

#### 3.1 A contribuição de Fazzalari

Elio Fazzalari por sua obra de maior repercussão no mundo jurídico, *Istituzioni di diritto processuale*,<sup>18</sup> rompeu com a clássica concepção do processo como relação jurídica, defendida inicialmente por Oskar Von Bülow e repetida por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman, além da Escola Paulista de processo.<sup>19</sup>

O procedimento, para Fazzalari, seria a estrutura constituída da sequência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da sequência é pressuposto de incidência da norma seguinte, de validade do ato nela previsto e extensão do ato previsto na norma antecedente, visando a obtenção de um provimento<sup>20</sup> estatal.

---

individualidade coletiva que aglutina a soberania difusa investida no povo (*apud* BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 10).

<sup>16</sup> Segundo Luiz Sanchez Agesta, jurista espanhol, as funções do Estado são procedimentos essenciais de exercício do poder (citado por BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 12).

<sup>17</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Uma introdução ao estudo do Processo Constitucional. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná (Coord.). *Direito Processual: Estado Democrático da Processualidade Jurídica Constitucionalizada*. Belo Horizonte: PUC Minas, IEC, 2012, p. 124. Inspirado nas lições de Friedrich Müller, Brêtas explica que o movimento de o povo eleger seus representantes para que esses formulem as leis que regerão tanto a atuação estatal quanto as relações sociais particulares formaria um ciclo de atos de legitimação que aponta o lado democrático do Estado de Direito.

<sup>18</sup> FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.

<sup>19</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 247.

<sup>20</sup> O provimento, para Fazzalari, seria o ato estatal (administrativo, legislativo ou jurisdicional) imperativo, sempre consistente na conclusão de um procedimento.

O processo, então, seria espécie do gênero procedimento. Isto porque, seria procedimento em que se apresenta característica complementar específica, o contraditório. Em outras palavras, seria o procedimento caracterizado pela participação dos possíveis afetados pelo provimento, em estrutura dialética garantidora de simétrica paridade na colaboração para sua construção.

Nesse sentido, o processo passa a ganhar características de garantia da pessoa, pois, sempre que um ato estatal ocasionar ou puder ocasionar privações em sua vida, liberdade, propriedade, enfim, em seu acervo jurídico, poderá participar da construção deste provimento.

Daí a diferença essencial entre a teoria do processo como relação jurídica e do processo como procedimento em contraditório. Para a primeira, o processo seria como veículo, meio ou instrumento da produção de provimentos. Para a segunda, o processo é requisito inafastável para construção e legitimação do provimento, de forma necessariamente dialogada entre os seus destinatários.<sup>21</sup>

Ademais, a ideia de relação jurídica é incompatível com a igualdade e simetria de paridade necessária à legitimidade do provimento estatal. É que a relação jurídica, na sua concepção civilista clássica, pressupõe um vínculo de sujeição entre o sujeito ativo e passivo, atribuindo-se àquele o poder de exigir deste uma conduta e a este o dever de prestá-la.

No processo, contudo, nenhuma parte pode, juridicamente, impor à outra a prática de qualquer ato processual. Pelo contrário, o contraditório implica em igualdade de tratamento (*procedural due process*) e simetria de participação (*substantive due process*), garantindo a todos os atingidos pelo ato a oportunidade de defenderem de forma plena os seus interesses e argumentos na construção do provimento.

O processo amplia os seus contornos na medida em que passa a privilegiar a participação como elemento marcante e imprescindível de sua própria existência e da legitimidade do provimento estatal, seja

<sup>21</sup> VERSIANI PENNA, Saulo; LARA, Leonardo Augusto Leão; CARVALHO, Newton Teixeira de. Processo, ação e jurisdição em Fazzalari. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. São Paulo: IOBThonson, 2004, v. V.



ele jurisdicional, administrativo ou legislativo. Certamente, portanto, foi a partir da contribuição *fazzalariana* que o processo começou a ser entendido como fator de democratização do direito, seja porque erguida sobre a pedra angular da participação, seja porque permitiu superar (...) *a ideia de uma teoria geral do processo, definida apenas como teoria do processo jurisdicional*.<sup>22</sup>

Entretanto, *data venia*, é com a concepção constitucionalista que o processo arvora-se à qualificação de elemento estrutural e imprescindível à construção do Estado Democrático de Direito.

### 3.2 O processo constitucional

Foi só a partir da Segunda Guerra Mundial, conforme já mencionado, que o processo passou a se consolidar como garantia constitucional, por meio da consagração de princípios de direito processual nas Constituições da Itália, Espanha, França e Alemanha.

Esse fenômeno proporcionou o surgimento do Direito Processual Constitucional ou do Processo Constitucional, consistente na *condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo*.<sup>23</sup> Trata-se de colocação científica que examina o processo em suas relações com a Constituição, abrangendo de um lado a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária (órgãos, competência, garantias) e do processo (ação e defesa, e postulados decorrentes) e de outro lado a jurisdição constitucional (controle jurisdicional de constitucionalidade, jurisdição constitucional das liberdades).<sup>24</sup>

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, a partir de então, *a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio*

<sup>22</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 333.

<sup>23</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 125-126.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

da supremacia da Constituição sobre as normas processuais,<sup>25</sup> na direção de proteção efetiva dos direitos fundamentais.<sup>26</sup>

O fato de as normas processuais passarem a ter estatura constitucional, além de conferir-lhes hierarquia superior a quaisquer normas que lhes buscassem restringir o âmbito de aplicação, também externou escolha fundamental do constituinte por um direito construído discursiva e democraticamente,<sup>27</sup> culminando na criação de um *modelo constitucional* do processo jurisdicional e elevando o processo a *centro de gravidade de toda a estrutura de atuação dos valores constitucionais*.<sup>28</sup>

Certamente, Fazzalari já defendia o caráter discursivo do processo, contudo, a fixação das balizas procedimentais em estatura constitucional além de ampliar o rol das garantias essenciais ao processo, acentuou em muito a potencialidade do processo em veicular de forma efetiva os argumentos de cada parte na construção do direito.

Ademais, o processo, ao se configurar como espaço-discursivo construído nas sólidas bases das garantias constitucionais fundamentais, alinha-se muito mais com o princípio democrático, visto que sociedades totalitárias são avessas ao debate e o processo constitucional garante um *recinto de isonomia argumentativa ampla e simultânea*,<sup>29</sup> contra todo e qualquer poder, seja ele político ou econômico.

Por esses motivos, Baracho discorre que o processo constitucional *não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (...) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais*.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, 1996, p. 105.

<sup>26</sup> BARACHO. *Op. cit.*, p. 119.

<sup>27</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte. v. 3, n. 5 e 6, p. 162, 1º e 2º sem. 2000.

<sup>28</sup> ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 87, p. 64, jul./set. 1997.

<sup>29</sup> DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 41.

<sup>30</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 47.

Para Marcelo Cunha de Araújo o processo na acepção constitucional se torna garantia fundamental, responsável pelo fornecimento da possibilidade de discussão e participação em *um espaço de discurso ao cidadão, inserto em um Estado Democrático de Direito, na construção de uma aplicação do direito legislado em determinado caso concreto*.<sup>31</sup>

Para Brêtas, o processo (constitucional) é garantia fundamental de legitimidade democrática da jurisdição, pela promoção de um espaço procedimental cognitivo-argumentativo que garanta aos interessados a efetiva participação na atividade estatal de individualização das normas jurídicas abstratas e genéricas do ordenamento jurídico a incidir na solução das particularidades do caso concreto reconstruído dialeticamente no processo.<sup>32</sup>

Diante do que se vem de expor, ousamos definir o processo constitucional como metodologia normativa que, pela inafastável obediência às garantias fundamentais, é formadora de um espaço procedimental cognitivo-argumentativo apto a permitir que a pessoa atingida pela decisão estatal efetivamente participe de sua construção.

Portanto, o processo deixa de ser instrumento da jurisdição para alçar a condição de elemento estruturante do Estado Democrático de Direito, sem o qual, nem a Jurisdição nem as outras funções estatais poderão ser exercidas. Além disso, na medida em que compete ao Estado-Juiz adotar as providências necessárias para a observância das garantias processuais no bojo do processo, é a Jurisdição que atua como instrumento por meio do qual o processo se realiza.

A constitucionalização de normas processuais implica também a alteração da interpretação de clássicos/antigos institutos, considerando a eficácia irradiante das garantias constitucionais processuais. Entre muitos, pela brevidade deste trabalho e seus objetivos, vale a pena analisar especificamente o contraditório.

<sup>31</sup> ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 105.

<sup>32</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 34 e 37.

### 3.3 Contraditório

O espaço de diálogo criado pelo processo decorre de uma estrutura metodológica normativamente construída que, ao mesmo tempo em que viabiliza o embate discursivo-argumentativo das partes, em simétrica paridade, é apta a afastar subjetivismo ou ideologia do agente público decisor, ou o denominado prudente arbítrio do juiz.

É que, se na acepção clássica, o contraditório pressupunha o direito de informação e possibilidade de reação, na acepção constitucionalista do processo, deixou de ser mera bilateralidade de audiência e passou a ser tido como *possibilidade de influência (Einwirkungsmöglichkeit) sobre o conteúdo das decisões e sobre o desenvolvimento do processo*,<sup>33</sup> o que implica a impossibilidade de se decidir qualquer questão relevante de ofício sem a anterior contribuição das partes, considerando-se como relevante a questão de fato ou de direito necessária como premissa ou fundamento para a decisão.<sup>34</sup>

Nesse mesmo sentido, Lenio Luiz Streck<sup>35</sup> destaca uma renovada concepção do contraditório, não mais no sentido negativo de garantia de oposição ou resistência à atuação alheia, mas, sim, garantia no sentido positivo, de influir ativamente no desenvolvimento do processo e na formação da resposta judicial.

Esse direito de efetivamente influir no conteúdo das decisões implicaria também o direito da parte e o correlato dever da autoridade de não só tomar conhecimento dos argumentos formulados, mas analisá-los de forma séria e detida.<sup>36</sup>

Daí, Streck assevera, com amparo nas lições de Flaviane de Magalhães Barros, que a limitação ao subjetivismo do juiz se daria

<sup>33</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 226.

<sup>34</sup> NUNES. *Op. cit.* p. 229-230.

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.18.

<sup>36</sup> STF, Pleno, MS n. 24.268/MG, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, ac. 05.02.2004, RTJ 191/922.

pelo impedimento de adotar uma fundamentação que extrapole os argumentos jurídicos de modo que a *decisão racional se garanta em termos de coerência normativa, a partir da definição do argumento mais adequado ao caso.*<sup>37</sup>

Humberto Theodoro Júnior, assevera que o julgado *sempre será fruto do debate das partes, e o juiz motivará sua decisão em cima dos argumentos extraídos das alegações dos litigantes, seja para acolhê-las seja para rejeitá-las.*<sup>38</sup> A decisão jurisdicional não pode ser ato isolado, deve ser resultado lógico da discussão jurídica ocorrida no ambiente processual, de onde se infere a imprescindível e umbilical conexão do princípio do contraditório e o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais.<sup>39</sup>

Em suma, *a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir esse significados.*<sup>40</sup> Pelo contraditório, na sua perspectiva democrático-constitucional, essa construção/constituição só pode ser pela cooperação daqueles a quem ela interessa. Eles oferecerão os argumentos como se fossem tijolos e à função jurisdicional incumbe utilizar os melhores, no sentido daqueles que edifiquem o caminho adequado à realização da Constituição, mas sempre dizendo, tijolo por tijolo, porque devem ou não ser utilizados.

### 3.4 Jurisdição constitucional democrática

Além do contraditório, outros princípios ou garantias propriamente processuais ganham interpretação expansiva e reforçada, como o

<sup>37</sup> STF, Pleno, MS n. 24.268/MG, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, ac. 05.02.2004, RTJ 191/922.

<sup>38</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 253.

<sup>39</sup> BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 101.

<sup>40</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24.

direito de ação, a ampla defesa e a isonomia. Além desses, a percepção constitucional do processo também abarca, conforme já asseverado, o fortalecimento da Jurisdição pela atribuição de estatura constitucional aos seus princípios estruturais.

Nesse sentido, na esteira da brilhante obra de Brêtas, ganham relevo princípios diretivos da Jurisdição como: o do Juízo constitucional, da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito (condensação dos princípios da supremacia da Constituição e da reserva legal), do devido processo constitucional, da fundamentação das decisões jurisdicionais (em observância do contraditório e da congruência) e o da eficiência jurisdicional.<sup>41</sup>

Com este reforçado arcabouço constitucional estruturante, fortalece-se a independência da função jurisdicional estatal e, por consequência, a jurisdição constitucional que, replicando a clássica distinção entre direito objetivo e subjetivo, abrange a um só tempo a garantia da Constituição (o controle de constitucionalidade das leis) e a jurisdição constitucional das liberdades (garantia dos direitos fundamentais).<sup>42</sup>

Esclarecendo, enquanto o controle de constitucionalidade é o juízo de aferição da adequação ou compatibilidade das normas infraconstitucionais à Lei Fundamental, a jurisdição constitucional das liberdades é *a atividade jurisdicional destinada à tutela das normas constitucionais que consagram os direitos da pessoa humana*.<sup>43</sup>

A atribuição de estatura constitucional às normas estruturais da função estatal jurisdicional permite que essas duas finalidades sejam efetivamente cumpridas, na medida em que enaltece e potencializa sua aptidão de conformar as demais funções estatais aos preceitos constitucionais.

Assim, no paradigma do Estado Democrático de Direito, para que se possa falar em *modelo constitucional do processo* não só se deve assegurar espaço de participação real das pessoas, mas, para que as discussões ali

<sup>41</sup> BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

<sup>42</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 166, 1º e 2º sem. 2000.

<sup>43</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 111.

travadas não sejam inócuas e o *melhor argumento* seja realmente levado a efeito, a função jurisdicional deve ser sempre constitucional.

Necessário reforçar: sob a égide do Estado Constitucional Democrático, toda jurisdição é constitucional.<sup>44</sup> Isso, por três motivos: (A) sempre se analisa preliminarmente, ainda que de forma implícita, a constitucionalidade da lei;<sup>45</sup> (B) a decisão jurisdicional sempre deve ser apta a realizar<sup>46</sup> em maior ou menor extensão e intensidade, direta ou indiretamente, direitos fundamentais, especialmente considerando o princípio da máxima eficácia, o da dimensão objetiva e a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.<sup>47</sup> Conforme sufraga Baracho, *as interpretações de uma norma ordinária não podem desconhecer o conteúdo normativo do direito fundamental*.<sup>48</sup> O terceiro motivo seria que, conforme já asseverado, (C) a Jurisdição deve, em todo e qualquer processo, adotar as providências necessárias para a observância das garantias constitucionais fundamentais no bojo do processo, sob pena de ilegitimidade.

<sup>44</sup> No mesmo sentido Brêtas, referindo-se ao sistema jurídico-constitucional brasileiro. BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 47.

<sup>45</sup> Isso se afirma especialmente em ordenamentos jurídicos que trabalham com o controle de constitucionalidade difuso. Entretanto, mesmo naqueles em que só um órgão jurisdicional concentra a análise de controle de constitucionalidade, a interpretação da norma infraconstitucional deve ser sempre conforme a Constituição e com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

<sup>46</sup> Tanto do ponto de vista de uma interpretação atenta ao direito fundamental quanto do ponto de vista de a decisão ser levada a efeito para concretização (com o perdão da redundância) efetiva, do direito fundamental.

<sup>47</sup> O princípio da máxima eficácia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais serão objeto de análise posteriormente neste trabalho. Quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pode-se dizer, resumida e superficialmente, que consiste no reconhecimento de que os direitos fundamentais, além de força normativa perante o Estado (eficácia vertical), limitando ou exigindo sua atuação, também teriam força normativa entre particulares, ou seja, de que o particular pode violar diretamente a Constituição, assim como o ofendido pode pleitear proteção com forte normativo direto na Lei Fundamental.

<sup>48</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 125, 1º e 2º sem. 1999.

Nessa perspectiva, o Processo Constitucional passa a garantir não só as normas constitucionais processuais, mas a Constituição como um todo já que resguarda procedimentalmente as garantias ali sufragadas e, de forma simultânea e por consequência, a efetivação dos direitos essenciais também previstos no mesmo diploma normativo fundamental.

Vale transcrever a lição de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

Ao possibilitar a garantia dos direitos fundamentais processuais jurisdicionais, nos próprios processos constitucionais de controle judicial de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, a Jurisdição Constitucional também garantirá as condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos, pela aplicação do princípio do devido processo legal, compreendido, aqui, como ‘modelo constitucional do processo’ (para utilizar a expressão de Andolina-Vignera), a si mesma.<sup>49</sup>

#### **4. EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA TUTELA PROCESSUAL**

Além de exercer suas funções essenciais por meio do devido processo constitucional, o Estado Democrático também se caracteriza pela prevalência, constante expansão e máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Mister estabelecer a diferença conceitual entre os direitos humanos, direitos fundamentais e direitos individuais. Segundo, Sarlet:

O termo ‘direitos fundamentais’ se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os

<sup>49</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jurgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 257.



povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.<sup>50</sup>

Rosemiro Pereira Leal, por sua vez, distingue direitos fundamentais dos direitos individuais ao asseverar que estes seriam de aceção liberal, republicana ou procedimentalista do Estado, visto que pressupõem que o cidadão já estaria apto à sobrevivência por *direitos subjetivos já historicamente apropriados ao tempo da constitucionalização das garantias protetivas da continuidade de suas formas de vida de fruição de liberdade, dignidade, igualdade e segurança política e patrimonial*.<sup>51</sup>

Assevera que os direitos fundamentais, por outro lado, seriam típicos do regime democrático, como *nível jurídico de igualdade estrutural para todos (isonomia vital e teórico-linguística) assegurado e extensivo aos excluídos sociais*.<sup>52</sup>

Notável a diferença da concepção exposta pelo professor e seus efeitos para nossas investigações quanto à proteção de direitos fundamentais por meio do processo, na medida em que os direitos fundamentais seriam garantidores de *isonomia vital e teórico-linguística* fundando pela via processual direitos de existência, personalidade, consciência e seus consectários.

Nesse sentido, o processo, ao garantir aos interessados no provimento estatal participar de sua construção, entrega a estes a definição dos sentidos normativos vigentes nos textos legais e por consequência, o direito mais fundamental na democracia que é o de vida humana autoconstruída, autoesclarecida e autoilustrada.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 249. No mesmo sentido, sufraga BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 70.

<sup>51</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Deniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 288.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Op. cit.*, p. 290-291.

A própria noção de direitos humanos implica não uma libertação, mas sim uma relação de senhor e servo em relação àquele que tem os direitos “reconhecidos” pelo outro. O que se tem então é direito fundamental, pela via proposicional, por conjecturas teóricas, a partir de uma linguagem jurídico-discursiva que, se no âmbito processual se mostrar amparada na lei democrática, não pode ser recusada.

Assim, na perspectiva constitucional do processo, o direito fundamental garantidor da efetividade dos direitos fundamentais não seria o direito à proteção judicial ou inafastabilidade da tutela jurisdicional e sim o direito à proteção processual.

Verifica-se que o processo constitucional, pela jurisdição constitucional das liberdades, ao tornar concretos os direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente, assegura a legitimidade necessária ao princípio democrático.

Embora haja interessantes questões a se analisar sobre a efetivação jurisdicional dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa, as maiores dificuldades e desafios se dão em relação aos direitos fundamentais enquanto garantias positivas do exercício de liberdades.<sup>54</sup>

É que possuem maior e mais complexa amplitude do que os direitos fundamentais de defesa. Trata-se de normas de cunho impositivo de deveres ao Estado, atribuindo deveres, programas de ação, fins, tarefas e/ou políticas públicas aos poderes públicos.

Quando se tratam de direitos a serem implantados com programação e execução gradual, continuada e coordenada, não gozam da mesma eficácia jurídica que direitos de proteção e defesa, sob pena de

---

<sup>54</sup> Segundo Gilmar Mendes, os direitos fundamentais como direitos de defesa seriam aqueles destinados a defender posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público e os direitos fundamentais como garantias positivas do exercício de liberdades seriam aqueles que exigiriam não uma abstenção do Poder Público, mas sua atuação voltada a criar *os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados*. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 36-37.

se comprometerem seriamente a execução de outras políticas públicas e a garantia de outros direitos fundamentais de outros cidadãos.

Por outro lado, diante da previsão do artigo 5º, § 1º da CB/88 e, conseqüentemente dos princípios democrático-constitucionais de máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais (dimensão objetiva dos direitos fundamentais), há que lhes conferir eficácia jurídica plena, ao menos para reconhecer que independem de lei para serem observados. Ingo Sarlet, ao discorrer sobre os direitos fundamentais de caráter positivo, assevera que:

Em termos pragmáticos, o que importa destacar, neste contexto, é o fato de que um direito fundamental não poderá ter a sua proteção e fruição negada pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa.

Deveras, portanto, pelo princípio democrático, é a lei que está sempre orientada para o cumprimento, observância e densificação dos direitos fundamentais e não estes que ficam à mercê da lei, sob pena de se lhes retirar, seu caráter de *trunfos contra a maioria*.<sup>55</sup> A forma e a extensão dessa aplicabilidade direta, independente de lei, deverão ser consideradas à luz das peculiaridades de cada direito fundamental e das circunstâncias concretas.

Em outros termos, só por meio de um procedimento obediente às garantias fundamentais e, por consequência, formador de um espaço procedimental cognitivo-argumentativo apto a permitir que a pessoa atingida pela decisão estatal efetivamente participe de sua construção, que se delineará a efetividade (eficácia social) de tais previsões constitucionais.

Certamente, é pelo processo constitucional, com observância especialmente das garantias fundamentais do contraditório (na acepção positiva), da ampla defesa (aqui incluídos o direito fundamental à prova e à assistência jurídica por advogado), da motivação das decisões e da

<sup>55</sup> NOVAIS, Jorge Reis *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 249.

reserva legal, que se fará o acerto do direito fundamental ao indicar a *resposta adequada à Constituição, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição*,<sup>56</sup> de forma a assegurar a efetiva dignidade da pessoa humana.

Deveras, pela via processual, realmente apta a ser qualificada como constitucional, se vem limitando o argumento de *reserva do possível* em prol da efetividade dos direitos fundamentais positivados, conforme se verifica na jurisprudência<sup>57</sup> do egrégio Supremo Tribunal Federal – STF.

Na medida cautelar incidental à ADPF n. 45, o Min. Celso de Mello reconheceu que a análise da alegação de reserva do possível deve-se dar caso a caso, sob balizas processuais. Assentou que se trata de argumento que deve ser provado de forma objetiva para que o poder público se desonere do dever imposto pela Constituição.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decidir conforme a consciência”? Protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 247.

<sup>57</sup> No RE 271286/RS se assegurou a eficácia plena do direito à saúde, impondo ao Estado o dever de fornecer medicamentos gratuitamente. No mesmo sentido, o RE 367089/RS. Ainda, no AI 222046/SP se assegurou aplicabilidade ao art. 7º, XVIII, garantindo o direito à licença remunerada de 120 dias à gestante.

<sup>58</sup> “(...) É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir”. (ADPF 45 MC / DF – Distrito Federal. Relator(a): Min. Celso de Mello. DJ 04.05.2004) (grifamos).

O egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, no REsp n. 764085/PR decidiu de forma semelhante: *A reserva do possível não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da inexistência de recursos financeiros (...).*<sup>59</sup>

Daí a importância do processo constitucional, especialmente da vinculação da decisão ao contraditório e à reserva legal para a construção do provimento: pleiteando o autor direito reconhecido em lei (no caso, a CB/88), provados os fatos constitutivos de seu direito (situação de necessidade), compete ao réu fazer prova de fato impeditivo (insuficiência de recursos) para se eximir de dar efetividade ao direito fundamental (artigo 333, II do Código de Processo Civil).

No Recurso Extraordinário n. 410.715/SP a 2ª turma do STF mitigou alegações contrárias à efetividade dos direitos fundamentais sociais baseadas na independência das funções estatais.<sup>60</sup> Assegurou a aplicabilidade direta ao art. 208, IV da CB/88 no sentido de garantir o direito à creche para crianças entre 0 a 6 anos de idade.

Mais uma vez, pela análise dos argumentos aventados, das provas produzidas pelas partes, das peculiaridades do direito fundamental

<sup>59</sup> REsp 764085 / PR. Relator(a) Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. DJe 10.12.2009.

<sup>60</sup> Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina. (RE 410715 AgR / SP. AG.REG. no Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Celso de Mello. 2ª Turma. DJ 03-02-2006) (grifamos).

pleiteado no caso concreto e das demais normas pertinentes (princípios e regras), forte na garantia do processo constitucional, deu-se efetividade ao direito fundamental social.

Insista-se que, no caso, foi a confirmação da vinculação da função jurisdicional ao Estado Democrático de Direito (portanto, ao princípio da supremacia da Constituição e da reserva legal) que implicou a prevalência do direito fundamental à educação sobre argumentos que, caso veiculados fora desse ambiente procedimental cognitivo-argumentativo sustentado pelas sólidas balizas das garantias processuais fundamentais, poderiam prosperar.

Deveras, a prevalência da jurisdição constitucional das liberdades sobre o argumento de violação à “separação de poderes” deve-se dar no espaço dialógico criado pelo processo constitucional, o que só reforça o princípio democrático, já que além de dar efetividade ao direito fundamental, a omissão administrativa/legislativa é sanada pela *ação* da pessoa legitimada ao processo. Na esteira das lições de Baracho, *a jurisdição constitucional atua por meio do processo constitucional e tutela a regularidade constitucional do exercício ou atividades dos órgãos constitucionais*.<sup>61</sup>

No mesmo sentido, o egrégio Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 1.041.197,<sup>62</sup> ao determinar o fornecimento de equipamentos médicos a hospital universitário, após a análise das peculiaridades do caso concreto no espaço processual, sufragou que:

(...) seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do Judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo

<sup>61</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 110, 113-114.

<sup>62</sup> REsp 1041197 / MS. Relator(a) Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. *DJe* 16.09.2009.

da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção, restaurando a ordem jurídica violada.

Nos casos em que a prestação positiva exigida do Poder Público é de caráter normativo, a constitucionalização do processo também tem permitido o desenvolvimento e a alteração da jurisprudência quanto aos efeitos produzidos pela sentença proferida no mandado de injunção e por consequência maior efetividade aos direitos fundamentais.

Inicialmente, a jurisprudência do STF restringia a amplitude da jurisdição constitucional, ao argumento de que lhe competiria exclusivamente declarar a mora do Poder Público em editar a norma e cientificá-lo nesse sentido. Trata-se da posição não concretista.<sup>63</sup> A sentença tinha exclusivamente efeitos declaratórios, sem qualquer força mandamental ou constitutiva, aproximando-se de uma recomendação.

Esse posicionamento, ao interpretar equivocadamente a repartição das funções estatais em detrimento da jurisdição constitucional das liberdades, fez com que vários dispositivos constitucionais restassem sem qualquer efetividade, mesmo diante de inúmeras concessões de injunção.

É o caso do direito fundamental ao aviso prévio proporcional, previsto no artigo 7º, XXI da CB/88. Várias foram as injunções concedidas, de 1992 a 2007,<sup>64</sup> declarando a mora do Congresso Nacional sem que isso fosse suficiente para levar à concretização do direito fundamental.

Por isso, o STF foi alvo de várias críticas acadêmicas. Entre outros, vale citar Luís Roberto Barroso:

As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição uma ordem, com força jurídica e não moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo

<sup>63</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo. Atlas, 2007, p. 171-172

<sup>64</sup> MI 369; MI 95; MI 124; MI 278; MI 695.

estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando.<sup>65</sup>

Vulnera-se a imperatividade de uma norma de direito quer quando se faz aquilo que ela proíbe, quer quando se deixa fazer o que ela determina.<sup>66</sup>

Quanto ao argumento jurisprudencial específico de que o mandado de injunção serviria para dar ciência da mora ao órgão estatal inadimplente, Barroso arremata citando artigo jornalístico publicado por José Carlos Barbosa Moreira: (...) *para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia – e bastava – a boa e velha notificação*.<sup>67</sup>

Segundo Cattoni, essa posição passiva e ofensiva à força normativa da Constituição adotada pelo STF revela um entendimento inadequado do princípio democrático e tem levado *ao surgimento de verdadeiras ‘ilhas corporativas de discricionariedade’, o que estará resultando [sic] numa quase total ausência de parâmetros normativos, abrindo espaço, dessa forma, para um exercício cada vez mais arbitrário do poder político*.<sup>68</sup>

Diante das críticas e da flagrante inconstitucionalidade da omissão, ofensiva a direitos fundamentais de aplicabilidade imediata, a jurisprudência do STF evoluiu para passar conferir efeitos constitutivos à concessão da injunção. Trata-se da posição concretista direta.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 225.

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 233.

<sup>67</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 235.

<sup>68</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 234.

<sup>69</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, cit., p. 171-172. Vale esclarecer que a posição concretista direta consiste na determinação de regra apta a concretizar o direito pela própria sentença, conferindo efeito constitutivo à mesma. Já na posição concretista indireta se determina prazo para que o órgão público inadimplente cumpra seu dever constitucional e edite a norma em cotejo, sob pena de se o Judiciário o fazer, não cumpra seu dever no prazo determinado. Nesse caso, portanto, se confere caráter mandamental à sentença.



Nesse sentido, nos casos de direito de greve de servidor público<sup>70</sup> e aposentadoria especial do servidor público,<sup>71</sup> aplicou-se diplomas legais por analogia (Leis n. 7.783/1989 e n. 8.213/1991, respectivamente), resguardando o direito fundamental e, inclusive, reconhecendo expressamente à função jurisdicional o poder de, em pontos específicos, em que incompatível a lei aplicada por analogia, *traçar os parâmetros atinentes a esse exercício*.<sup>72</sup>

Conforme se verifica, insista-se novamente, é pela via do processo constitucional que se confere legitimidade democrática ao Direito, permitindo o acertamento do direito fundamental e sua efetividade no caso concreto, mesmo que, eventualmente, contra majoritariamente.

É que, *num Estado fundado na dignidade da pessoa humana (...) cada pessoa tem a si assegurada uma esfera de autonomia e liberdade individual que não pode ser comprimida nem restringida pelo só fato de um ato normativo ou política pública ser decorrente de uma decisão majoritária*.<sup>73</sup>

Conforme assevera Cattoni de Oliveira, não há que se falar que haveria atuação legislativa da jurisdição constitucional, visto que a função legislativa se estrutura por discursos de justificação jurídico-normativa (ou de validade jurídica), para *estabelecimento de programas ou políticas para a realização de direitos fundamentais* e a função jurisdicional por discursos de *aplicação reconstrutiva do Direito Constitucional* (adequação de uma norma válida a uma situação de aplicação).<sup>74</sup>

Ademais, nas palavras de Sarlet, *não existe razão para entender que o juiz tem o poder para controlar a constitucionalidade da lei, quando esta é prejudicial à solução do litígio, e não tem poder para*

<sup>70</sup> MI 712, Pleno, rel. Min. Eros Grau, *DJe* 31.10.2008; MI 670, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJe* 31.10.2008; MI 708, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 31.10.2008.

<sup>71</sup> MI 721, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 30.11.2007.

<sup>72</sup> MI 712, Pleno, rel. Min. Eros Grau, *DJe* 31.10.2008.

<sup>73</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 563.

<sup>74</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 164 e 168, 1º e 2º sem. 2000.

*controlar a falta de lei quando esta é imprescindível à tutela de um direito fundamental.*<sup>75</sup>

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, de forma sucinta, fixou-se os contornos que caracterizam Estado Democrático de Direito. Foi possível demonstrar que a soberania, na democracia, é titularizada pelo povo, que não é um sujeito passivo, apático, objeto de manobras e de discursos demagógicos, mas, sim, a comunidade de legitimados ao processo. Isto garante e, deveras, pressupõe sua participação a todo o momento nos processos de atuação jurídica do poder estatal democrático.

Quanto ao processo, a partir das contribuições de diversos juristas, buscamos retratar como o processo emancipou-se de sua função clássica de instrumento da jurisdição para se transformar em elemento estruturante e imprescindível à constante construção do Estado Democrático de Direito.

O modelo constitucional de processo, sustentado pelas sólidas vigas das garantias constitucionais, em especial, o contraditório (incluindo sua acepção positiva), a ampla defesa, além dos princípios diretivos da Jurisdição, é apto a fiscalizar, reivindicar e impor ao Poder Público o cumprimento e observância dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, eventuais fundamentos fáticos ou jurídicos que se contraponham à efetividade dos direitos fundamentais devem ser formulados na via processual e pelas sólidas balizas/garantias constitucionais, prevalecendo o melhor argumento formulado no espaço processual.

No caso dos direitos fundamentais de caráter positivo ou programático, por exemplo, conforme demonstrado, o processo constitucional tem sido apto a limitar argumentos de reserva do possível quando formulados sem atenção à metodologia normativa processual, em prol da supremacia da Constituição.

Assim, é a intransigível observância das garantias constitucionais no âmbito processual que viabiliza a efetividade de todos os direitos

---

<sup>75</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 891.

fundamentais. Portanto, emerge daí o acerto da teoria constitucionalista do processo ao erigir tais garantias a elementos imprescindíveis à qualificação do procedimento como processo, já que são, por consequência, os mais basilares requisitos da existência digna. A partir dessas sólidas vigas/garantias, é que atua a jurisdição (que no Estado Democrático de Direito é sempre constitucional) e se assegura ao povo o direito de reivindicar, fiscalizar e principalmente construir os próprios direitos fundamentais.

Enfim, o Processo Constitucional permite, então, que os direitos fundamentais não sejam simplesmente concedidos ou reconhecidos como um favor feito pela autoridade, seja ela legislativa, administrativa ou jurisdicional, mas sim que decorram diretamente das proposições e construções feitas na via processual, no espaço procedimental cognitivo-argumentativo, a partir da linguagem jurídico-discursiva apta a impor à autoridade o dever de torná-los efetivos.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 87, p. 63-69. jul./set. 1997.

ARAÚJO, Marcelo Cunha. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, 1996.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 89-154. , 1º e 2º sem. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do

processo penal a partir da Constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 331-345.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Uma introdução ao estudo do processo Constitucional. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). *Direito processual: estado democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*. Belo Horizonte: PUC Minas. IEC, 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte v. 3, n. 5 e 6, p. 161-169, , 1º e 2º sem. 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 235-262.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias*. Leme (SP): Editora de Direito, 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Deniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo. Atlas, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decidir conforme a consciência”? Protogênese do protagonismo judicial. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 215-250.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 233-263.

VERSIANI PENNA, Saulo; LARA, Leonardo Augusto Leão; CARVALHO, Newton Teixeira de. Processo, ação e jurisdição em Fazzalari. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. São Paulo: IOBThonson, 2004, v. V.