



**A TEORIA DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRESSUPOSTO À CONSAGRAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS: UM ENSAIO SOBRE O ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA**

*THE THEORY OF DIMENSIONS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS AN ASSUMPTION TO THE RECOGNITION OF FUNDAMENTAL PROCEDURAL GUARANTEES: AN ESSAY ABOUT EFFECTIVE JUDICIAL ACCESS*

Paula Gigante Viana

**Sumário:** Introdução. 1 A teoria das dimensões dos direitos fundamentais. 2 A consagração das garantias fundamentais processuais no estado constitucional brasileiro. 3 Os mais fundamentais direitos processuais em espécie para um acesso efetivo à justiça. 3.1 Direito de ação. 3.2 Devido processo legal ou processo justo. 3.3. Contribuições do reconhecimento dos direitos fundamentais processuais. Conclusão. Referências.

**Resumo:** O estudo objetiva a demonstração da teoria das dimensões dos direitos fundamentais como pressuposto à consagração de garantias fundamentais processuais. Para atingir tal intento foi utilizado o método da revisão bibliográfica, notadamente da doutrina constitucional, bem como do estudo de casos trazidos a debate por autores que analisam o processo sob a ótica da Constituição. A relevância do assunto deve-se ao momento atual da ciência jurídica em que a efetividade dos direitos fundamentais é um escopo concreto. Constatou-se a necessidade de tornar eficiente e efetiva a prestação jurisdicional no Estado constitucional e de reconhecer as garantias processuais como direitos fundamentais. Em tal contexto, a eficácia irradiante, a filtragem constitucional e a multifuncionalidade dos direitos fundamentais são abordados. E as balizas teóricas do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo ou formalismo-valorativo são analisadas como pano de fundo das noções desenvolvidas. Assim, a verificação da evolução dos direitos fundamentais processuais, mormente do direito de ação (tutela jurisdicional efetiva) e do devido processo legal (processo justo), a partir da aceitação da teoria das dimensões dos direitos fundamentais, conduz à conclusão de que se caminha na direção de um acesso cada vez mais efetivo à justiça.

**Palavras-chave:** normas jusfundamentais, direito à proteção, direito processual, conformação do procedimento, devido processo legal.

**Abstract:** *The study aims at demonstrating the theory of dimensions of fundamental rights as an assumption to the recognition of fundamental procedural guarantees. In order to accomplish this intent the method of bibliographic review was used, notably the constitutional doctrine, as well as the study of cases brought into debate by authors who analyze the process under the eyes of the Constitution. The relevance of the subject is at the current moment of the juridical science in which the effectiveness of fundamental rights has turned into a concrete objective. It was verified the necessity to achieve an efficient and effective jurisdiction in the constitutional State and to recognize procedural guarantees as fundamental rights. In this context, the radiant effectiveness, the constitutional filtration and the multifunction of fundamental rights are approached. And the theoretical landmarks of neo-constitutionalism and neo-proceduralims are analyzed as a background for the notions developed. So the verification of the evolution of fundamental procedural rights, especially the right of action and the due process of law (fair trial), since the admission of the theory of dimensions of fundamental rights, conduce to the conclusion that heads toward the direction of a more effective judicial access.*

**Key-words:** *jus-fundamental norms, right to protection, procedural law, procedure adequacy, due process of law.*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo científico visa analisar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais como pressuposto à consagração de garantias fundamentais processuais e demonstrar a contribuição dessa construção teórica para um acesso efetivo à justiça. A metodologia aplicada ao trabalho parte de uma revisão bibliográfica acerca do tema, notadamente entre a doutrina constitucional, e abrange, ainda, a constatação empírica de alguns casos diretamente afetados pela teoria estudada e trazidos a debate por autores que examinam o processo sob a ótica da Constituição.

O primeiro capítulo trata da evolução do conceito de direito fundamental, delineada pela noção de dimensões (ou gerações) de direitos. A partir da compreensão histórica do contexto de desenvolvimento dos direitos fundamentais, bem como das características de fluidez e flexibilidade desses direitos verifica-se a possibilidade de concretização da cláusula aberta que são os direitos fundamentais. Assim, admite-se a afirmação de novos direitos com a mesma hierarquia. Evidencia-se, ainda, a função de proteção dos direitos fundamentais como decorrência da dimensão objetiva desses direitos, a qual forma com a dimensão subjetiva o caráter dúplice dos direitos fundamentais.

A importância das garantias fundamentais processuais no Estado constitucional brasileiro é analisada no segundo capítulo. São apresentados conceitos importantes como a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, a filtragem constitucional e a multifuncionalidade das garantias fundamentais. Essas ideias são determinantes para o entendimento do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo ou formalismo-valorativo, os quais constituem marcos da ciência jurídica que serão devidamente abordados neste tópico.

O presente estudo é de grande valia devido ao momento atual em que a efetividade dos direitos fundamentais tornou-se um escopo concreto. Essa realidade vem sendo construída pela jurisprudência, pela doutrina e por reformas legislativas que visam a uma mudança de paradigma no sentido da consecução do acesso efetivo à justiça. Percebeu-se que a eficácia dos direitos fundamentais só será alcançada quando houver instrumentos adequados que realizem a proteção do direito material. Além disso, constatou-se a necessidade de reconhecer o direito ao processo justo como garantia fundamental.

Assim, no terceiro capítulo, as normas processuais alçadas à condição de principais direitos fundamentais processuais, bem como a sua influência sobre o ordenamento infraconstitucional serão comentadas. Ainda, analisar-se-á o reflexo da teoria dos direitos fundamentais processuais, e da sua função prestacional principalmente, sobre a prática jurídica, a partir da observação de releituras feitas pela doutrina moderna de alguns institutos.

Com isso, a transformação progressiva que atingiu o direito de ação e o devido processo legal e desencadeou a construção do direito ao processo justo será enfatizada, também neste terceiro item, como fator determinante para a realização do acesso efetivo à justiça.

## **1 A TEORIA DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A definição do que é direito fundamental deve anteceder a análise proposta neste capítulo de examinar a evolução que sofreu o seu conceito. Ingo Sarlet ensina que o conteúdo de um direito fundamental é a circunstância de conter uma decisão fundamental sobre a estrutura do Estado e da sociedade, “de modo especial, porém, no que diz com a posição nesse ocupada pela pessoa humana” (2010, p. 81).

Os direitos fundamentais surgiram no Estado liberal clássico com a consagração da liberdade individual como simples limite à própria atuação estatal. Inicialmente, o poder estatal era o único adversário dos direitos humanos. Sob tal cenário nasceram os direitos civis e políticos que concedem ao homem autonomia mediante a garantia da omissão estatal.

Esse momento histórico ficou conhecido como a primeira geração dos direitos fundamentais. Pedro Lenza destaca alguns documentos históricos marcantes desse período entre os séculos XVII e XIX, quais sejam, Magna Carta de 1215, Paz de Westfália de 1648, Habeas Corpus Act de 1679, Bill of Rights de 1688 e Declarações americana de 1776 e francesa de 1789 (LENZA, 2010).

A doutrina também enfatiza a adjetivação de direitos de defesa, conforme se observa na obra de Daniel Sarmento. Afirma o constitucionalista que: “De acordo com essa perspectiva, os direitos fundamentais eram essencialmente direitos de defesa oponíveis em face do Estado e a prestação devida por este consistia numa abstenção” (2003, p. 2).

O advento do Estado social modificou o panorama das liberdades fundamentais. A partir da crise do modelo anterior e da constatação de sua insuficiência, novos direitos, com

característica de prestação positiva pelo ente estatal, foram incorporados ao rol. Segundo Pedro Lenza,

O momento histórico que os inspira e impulsiona é a Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX. Nesse sentido, em decorrência das péssimas situações e condições de trabalho, eclodem movimentos como o cartista – Inglaterra e a Comuna de Paris (1848), na busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação de direitos sociais. Isso fica evidenciado, dentre outros documentos, pela Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), e pelo Tratado de Versalhes, 1919 (OIT). Portanto os direitos humanos ditos de segunda geração privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade (2010, p. 740).

Destarte, a segunda dimensão dos direitos fundamentais contempla prestações positivas sociais do Estado para diminuir as desigualdades e promover a dignidade humana. Para Ingo Sarlet,

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho ‘positivo’ possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais (2010, p. 55).

Nas palavras de Daniel Sarmento:

Nesse contexto, novos direitos fundamentais de caráter prestacional, são positivados com a finalidade de garantia das condições materiais básicas para a população e de promoção da igualdade material. São os direitos sociais e econômicos, também denominados por parte da doutrina de direitos de 2ª geração ou de 2ª dimensão (2003, p. 2).

André Ramos de Carvalho, em artigo que trata das violações dos direitos humanos perante o direito internacional, esclarece que “a análise da história da humanidade nos faz contextualizar o conceito de direitos humanos, entendendo-o como fluído e aberto” (2002, p. 4). O autor parte do conceito do brilhante Dalmo de Abreu Dallari, para quem existe uma proximidade dos direitos humanos com os direitos fundamentais da pessoa humana, e do aclamado Konrad Hesse, que afirma serem os direitos humanos um mínimo essencial à vida humana com liberdade e dignidade, para concluir que os direitos humanos não formam um conjunto perfeito e acabado.

Nessa linha, ele investe na análise da evolução histórica, passando pela Antiguidade, Idade Moderna, revoluções liberais e pelo Estado social para relacionar os períodos referidos com os avanços conquistados no ramo dos direitos fundamentais, forjando a compreensão de que os direitos da cidadania reproduzem a evolução da humanidade. É esse mesmo raciocínio que permeia a consagrada teoria das dimensões dos direitos fundamentais.

A afirmação dos direitos fundamentais, portanto, evidencia que o rol de garantias é aberto, ou seja, incompleto no sentido de que não se pode concluir pela conformação de um conjunto finito e hermético de direitos fundamentais. Paulo Bonavides aborda de forma esplêndida o tema. Ao traçar comentários sobre a pacificação dos direitos fundamentais da primeira geração, relatando o processo dinâmico e com eventuais retrocessos apresentado em cada país, conforme a natureza do modelo de sociedade, o constitucionalista preconiza:

Essa linha ascensional aponta, por conseguinte, para um espaço sempre aberto a novos avanços. A história comprovadamente tem ajudado mais a enriquecê-lo do que a empobrecê-lo: os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos – já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão (2002, p. 517).

No Brasil, a atual Carta Magna eleva os direitos sociais à condição de direitos fundamentais de forma definitiva. Além disso, a Constituição admite, no artigo 5º, parágrafo 2º, a ideia de que outros direitos, mesmo sem constar expressamente do seu texto, sejam considerados fundamentais, o que se harmoniza com as características de não-tipicidade e de cláusula aberta desses direitos. Em obra que analisa os vinte anos da Constituição Federal de 1988, Ingo Sarlet conclui que:

A evolução constitucional desde outubro de 1988 revela que, tanto na seara doutrinária quanto jurisprudencial, apesar de algumas posições divergentes, se verifica, em termos gerais, a construção de uma dogmática e prática jurisdicional comprometida com os direitos sociais fundamentais e a garantia de um regime jurídico-constitucional compatível. Tal fenômeno ocorre tanto no que diz respeito ao reconhecimento em si da condição de verdadeiros direitos fundamentais aos direitos sociais (pelo menos dos assim designados direitos sociais básicos, ligados ao mínimo existencial, onde parece existir um consenso) quanto na superação, pelo menos em boa parte, das principais objeções que lhes são direcionadas, seja no que diz com a sua constitucionalização, seja no concernente a sua condição de direitos exigíveis (2008, p. 36 e 37).

Entretanto, a consagração da teoria dos direitos fundamentais não evitou o surgimento de polêmica em relação à nomenclatura mais apropriada. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, nesse aspecto, enfatizam o problema da expressão “gerações de direitos fundamentais”:

Tal opção terminológica (e teórica) é bastante problemática, já que a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior enquanto que no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores gerações como indica claramente a Constituição brasileira de 1988 que incluiu indiscriminadamente direitos de todas as gerações (2007, p. 34).

Adquire maior respaldo doutrinário, logo, a expressão “dimensões dos direitos fundamentais”. Sobre a terceira dimensão, Alexandre de Moraes sustenta que:

Modernamente, protege-se constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos (2002, p. 59 e 60).

No tocante à quantidade de dimensões também há divergência entre os autores, notadamente em relação à existência ou não da quarta e até da quinta dimensão dos direitos fundamentais. Para Paulo Bonavides a quarta dimensão dos direitos fundamentais abarca o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo (BONAVIDES, 2002). Sobre o assunto, pondera Ingo Sarlet:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos (2010, p. 53).

Ao constatar que os direitos fundamentais formam a base principal da ordem jurídica, a doutrina destaca a sua dimensão objetiva. Ensina Daniel Sarmento que “a dimensão objetiva catapultada os direitos fundamentais para o âmbito privado, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado” (2003, p. 4). O constitucionalista refere, ainda, o processo de constitucionalização do direito infraconstitucional para explicar que uma das mais relevantes implicações da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a eficácia irradiante.

Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional (2003, p. 16).

Nessa linha, Marinoni orienta que as normas de direitos fundamentais “afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos” (2006, p. 69). É o que leciona também Daniel Sarmento, ressaltando a função de proteção conferida a esses direitos:

A teoria contemporânea dos direitos fundamentais afirma que o Estado deve não apenas abster-se de violar tais direitos, mas também proteger seus titulares diante de lesões e ameaças providas de terceiros. Esse dever de proteção envolve as atividades legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana (2003, p. 25).

## **2 A CONSAGRAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

Nesse contexto apresentado acerca dos direitos da cidadania, sustenta-se o reconhecimento das normas processuais inseridas na Constituição Federal de 1988 como verdadeiros direitos fundamentais. Analisou-se no capítulo anterior o caráter dúplice dos direitos fundamentais que não só são direitos subjetivos, mas também elementos da ordem constitucional objetiva.

Ingo Sarlet promove o estabelecimento no Brasil das formulações de Robert Alexy sobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais com a definição de uma classificação que os subdivide em direitos de defesa e direitos a prestações. Estes últimos dividem-se, ainda, em direito à proteção, direitos à participação na organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito (MENDES, 2002).

Em artigo intitulado “Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional”, Gilmar Mendes refere que a doutrina moderna utiliza o conceito de “direito à organização e ao procedimento” para designar as garantias processuais constitucionais como direitos fundamentais, as quais dependem de prestações estatais para estabelecer a estrutura de órgãos e repartições, bem como de providências normativas voltadas à proteção das garantias. Diz o autor que “Canotilho anota que o direito fundamental material tem irradiação sobre o procedimento, devendo este ser conformado de forma a assegurar a efetividade ótima do direito protegido” (2002, p. 9).

Nessa mesma linha, Luís Roberto Barroso trata da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, a qual foi conceituada no capítulo anterior, e explica que o fenômeno “não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação dos seus institutos sob uma ótica constitucional” (2001, p. 30). É o que a doutrina denomina de filtragem constitucional.

A legitimação do caráter fundamental dos direitos processuais deve ser buscada na compreensão do Estado constitucional brasileiro. Ensina Daniel Mitidiero que a evolução metodológica é característica de todos os ramos jurídicos em decorrência da vinculação destes à cultura social historicamente considerada, mas desenvolve sobre o seu objeto de estudo o seguinte raciocínio:

O direito processual civil, como manifestação da cultura, evidentemente não pode sobrar infenso à influência das características que a sociedade imprime ao Estado. Sendo o processo civil o meio pelo qual, diante de determinadas crises de colaboração no plano do direito material, se busca velar pela supremacia do direito, natural que o seu formalismo reaja às peculiaridade de cada experiência de organização estatal. O formalismo do processo tem de se adequar aos instrumentos pelos quais o Estado busca realizar os fins sociais, assegurando o império do direito (p. 55, 2011).

Didier Jr. observa que a constitucionalização do direito processual é uma realidade que pode ser atestada em duas dimensões: a inserção de normas processuais, como direitos fundamentais, nos textos constitucionais e o estudo pela doutrina das normas processuais infraconstitucionais como meios de efetivação das disposições constitucionais. É o que propõe a eficácia irradiante já estudada.

Assim, a atual fase do direito processual passa a ser compreendida a partir do neoconstitucionalismo, período atual do pensamento jurídico, também conhecido como pós-positivismo, que surge a partir da segunda metade do século XX. Esse momento histórico, ainda que de relativa indefinição conceitual, caracteriza-se, entre outras ideias, pelo reconhecimento da força normativa da Constituição Federal; pelo desenvolvimento da teoria dos princípios que passa a considerá-los espécies de norma jurídica; pela transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional; e pela expansão dos direitos fundamentais com o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o princípio da dignidade humana (LENZA, 2010). Sobre o assunto, Daniel Sarmento afirma:

Nesta nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades da sua aplicação. (...) Também cresce muito o interesse doutrinário pelos direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais. (...) E esta nova racionalidade se espalha para diversos ramos do Direito. No Direito Civil, Penal, Administrativo, por exemplo, cada vez mais a doutrina emprega normas e valores constitucionais para reler os institutos tradicionais, colorindo-os com novas tintas. E trata-se não apenas de aplicar diretamente as normas constitucionais especificamente voltadas para cada uma destas áreas, como também de projetar sobre estes campos a influência dos direitos fundamentais e dos princípios mais gerais do nosso constitucionalismo, muitas vezes superando antigos dogmas e definindo novos paradigmas (2009, p. 8 e 9).

Nesse sentido, André Ramos Tavares, em artigo que faz uma abordagem crítica acerca da abertura das constituições, visto que no Estado constitucional os princípios adquirem força normativa, atesta que: “também por decorrência da abstratividade os princípios apresentam-se como orientações interpretativas no manejo das demais normas do sistema” (2008, p. 9). Sobre o tema, Didier Jr. classifica o atual momento do direito processual como uma nova etapa na evolução dessa ciência, a qual denomina de neoprocessualismo. Afirma o autor que esse é o entendimento adotado pela doutrina nacional, citando juristas de relevo como Luiz Guilherme Marinoni, Eduardo Cambi, Luiz Fux, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr., e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, entre outros.

Segundo o autor, a consagração da nova fase do processo exige que as regras processuais sejam criadas de forma a garantir a tutela efetiva dos direitos fundamentais, o que torna o processo cada vez mais direcionado à realização dos valores básicos definidos pelo ordenamento jurídico (DIDIER JR., 2010). Essas características são também destacadas pelo formalismo-valorativo, denominação desenvolvida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que ressalta a importância dos valores constitucionalmente protegidos como direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual (OLIVEIRA, 2003). Explica Mitidiero que se trata de mera opção terminológica, o que configura “aspecto menos importante do que o reconhecimento daquilo que pelo nome é designado” (2011, p. 51 e 52). E conclui:

O processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente aos valores encartados em nossa Constituição. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação (2011, p. 51).

Apesar de toda a evolução pela qual passou a teoria dos direitos fundamentais enfrenta ainda dificuldades no tocante à eficácia. Por longo período a doutrina brasileira debateu acerca da condição de direitos exigíveis ou não dos direitos fundamentais (SARLET, 2008). Superada, ao menos em boa parte, as principais oposições à exigibilidade desses direitos, passou-se a buscar elementos que colaborassem com a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, o processo apresenta-se como ferramenta essencial (MARINONI, 2006). Afinal, segundo Zollinger:

O processo é, assim, o instrumento por meio do qual o Estado exerce sua função de prestar a tutela jurisdicional, devendo ser apto a implementar os efeitos que cada norma de direito material pretende produzir no mundo dos fatos (2006, p. 4).

O estágio atual da ciência processual, que reconhece a sua função de tutela ao direito material, contribui para que seja reconhecida a importância do processo nesse cenário. Assim, verificamos que as próprias garantias processuais passam a constituir direitos fundamentais, sendo esse o primeiro aspecto do direito ao procedimento, o qual determina, conforme Marinoni, “a participação no procedimento como sendo, ela mesma, um direito fundamental” (2006, p. 465). É o que se intitula de direitos procedimentais substanciais. Por outro lado, cumpre observar a existência do segundo aspecto distinto e correlato ao primeiro do direito ao procedimento. Esse aspecto vislumbra, conforme Marinoni, o acesso ao procedimento “como mecanismo de tutela de outros direitos por meio de regras procedimentais” (2006, p. 465). Fala-se, neste último caso, em um instrumento de proteção e realização dos direitos fundamentais e atribui-se a designação de direitos procedimentais adjetivos (MIRANDA, 2000).

### **3 OS MAIS FUNDAMENTAIS DIREITOS PROCESSUAIS EM ESPÉCIE PARA UM ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA**

No terceiro capítulo serão apontadas as mais destacadas normas processuais inseridas na Constituição Federal e feitas considerações acerca do seu impacto sobre o ordenamento infraconstitucional. Paralelamente, analisar-se-á a relevância prática da construção teórica apresentada no presente trabalho, a partir da verificação de possíveis releituras dos institutos jurídicos com base na filtragem constitucional decorrente da eficácia irradiante, conceitos já anteriormente tratados.

Ainda que o estudo empírico não seja o objeto principal do trabalho, essa avaliação contribui para a afirmação das premissas teóricas do artigo científico. Assim, em linhas gerais pode-se observar a progressiva inserção de valores constitucionais no processo e o abandono da lógica privada deste. Nota-se, da mesma forma, diante do exame dos direitos fundamentais processuais em espécie, que a formulação promovida pela flexibilidade das garantias fundamentais e a consequente incorporação dos direitos processuais neste rol especial de direitos contribuem para o acesso cada vez mais efetivo à justiça.

### 3.1 Direito de ação

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, consagra o direito de ação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse direito foi conceituado por Nery Jr. como a prerrogativa de provocar o surgimento da relação processual entre autor, juiz e réu (NERY JR., 1997).

O direito de ação do Estado liberal clássico era compreendido apenas como o direito formal de propor uma demanda. Esse conceito relaciona-se à doutrina mais tradicional. Pedro Lenza critica, inicialmente, a forma indireta de apresentação da garantia à jurisdição, assentando que melhor seria a sua prescrição na forma direta, como ocorre, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos artigos 8º<sup>1</sup> e 10º<sup>2</sup>.

E o autor destaca, também, o projeto de Cappeleti e Garth que identifica as ondas renovatórias no processo evolutivo de acesso à ordem jurídica justa, o qual tem como fase final o enfoque de acesso à justiça e a busca pela superação das barreiras ao acesso de maneira mais articulada e compreensiva (LENZA, 2010). Nesse sentido, Marinoni afirma que o direito de ação é o mais fundamental de todos os direitos por ser imprescindível à efetiva concreção de todos eles:

É muito mais do que o ato solitário de invocar a jurisdição ou do que um simples direito ao julgamento do mérito. A ação, diante dos seus desdobramentos concretos, constitui um complexo de posições jurídicas e técnicas processuais que objetivam a tutela jurisdicional efetiva, constituindo, em abstrato, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (2006, p. 221).

Na mesma linha, Zollinger enfatiza a transformação do direito de ação apartado do direito material da época do liberalismo clássico para uma nova fase:

O direito de ação não pode mais ser compreendido como um direito formal e completamente desvinculado do direito material. O direito de ação, na perspectiva da efetividade, deve ser entendido como um direito de acesso à justiça qualificado, uma vez que não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a tutela do direito (2006, p. 8).

Dessa forma, cumpre observar que a dimensão adquirida pelo direito de ação condiz com o seu status de direito fundamental, uma vez que se abandona o caráter meramente

---

<sup>1</sup> Art. 8º - Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

<sup>2</sup> Art. 10 - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

formal para se consagrar um direito de ação impregnado por valores. Este novo parâmetro não se contenta com a simples declaração da possibilidade de propositura da demanda perante o Poder Judiciário. Impõe-se a organização do sistema em conformidade com os valores que adjetivam o direito de ação (efetividade, adequação, tempestividade e prevenção) e a vinculação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário com essa tarefa (MARINONI, 2006).

Isso evidencia a função prestacional do direito fundamental de ação e permite a sua classificação como direito fundamental à participação na organização e procedimento, segundo as formulações de Alexy e Sarlet. Caracteriza-se, também, como direito procedimental substancial na categorização de Jorge Miranda. Além disso, a inserção dos relevantes valores mencionados por Marinoni na garantia processual conduz à aproximação de um acesso mais efetivo à justiça. Nas suas palavras:

O direito à construção do procedimento adequado ao caso concreto, derivado do direito de ação – já que igualmente se pode falar em direito à construção da ação adequada ao caso concreto -, relaciona-se com o dever de a jurisdição prestar efetiva tutela jurisdicional aos direitos.

Sobre o tema e com base nos ensinamentos de Marinoni e Jorge Miranda, leciona Mitidiero:

Consoante observa a doutrina, o direito fundamental à tutela jurisdicional ensarta-se na categoria dos direitos a prestações, podendo ser caracterizado, especificamente, como um direito à participação na organização e procedimento. Trata-se de direito fundamental processual, oriundo da consciência de que não basta declarar os direitos, importando antes instituir meios organizatórios de realização, procedimentos adequados e equitativos (2007, p. 91).

### **3.2 Devido processo legal ou processo justo**

Analisa-se o princípio do devido processo legal que é considerado a matriz das garantias constitucionais do processo por parcela significativa da doutrina. O artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Na definição de Didier Jr. o devido processo legal é uma cláusula geral. Assim, o seu conteúdo foi modificado ao longo da história e algumas construções foram incorporadas ao seu conceito, entre as quais se pode mencionar o contraditório e a ampla defesa, a igualdade entre as partes, a proibição das provas ilícitas, a publicidade do processo, a garantia do juiz

natural, a exigência de motivação das decisões e a duração razoável do processo. Para o autor, essas garantias compõem o conteúdo mínimo do devido processo legal. (DIDIER JR., 2010)

Ademais, Didier Jr. discorre sobre a existência de outros princípios e direitos que são extraídos do devido processo legal e que, ainda que não sejam expressos no texto constitucional, devem ser considerados direitos fundamentais processuais, como é o caso dos princípios da adequação, da colaboração e da efetividade. Na mesma linha, afirma Nery Jr.:

Bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por isso dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies (1997, p.27).

Daniel Mitidiero também enfatiza a importância do direito fundamental processual como cláusula geral, mas prefere a denominação de processo justo ao direito que inspira as demais garantias processuais e que constitui princípio basilar para a organização do processo no Estado constitucional (MITIDIERO, 2010). Afastam-se, a partir da escolha terminológica do autor, a noção do processo como simples defesa perante o arbítrio estatal, bem como o conceito norte-americano do devido processo legal substancial, o qual não mais tem relevância no Direito pátrio. Destaca, ainda, a necessária adequação do processo ao direito material para a efetiva realização do direito fundamental ao processo justo, o que o autor chama de adequação da tutela jurisdicional à tutela do direito. Sobre a nova denominação, define Theodoro Jr.: “Faz-se modernamente uma assimilação da ideia de devido processo legal à de processo justo” (2007, p. 28).

### **3.3. Contribuições do reconhecimento dos direitos fundamentais processuais**

Observa-se nos seguintes casos a evolução das noções de direito de ação, devido processo legal e processo justo. Essas mudanças relacionam-se à consolidação dos direitos fundamentais, mormente da sua versão de direitos a prestações que visam alcançar o acesso à justiça efetiva.

Na análise que realiza acerca da tutela jurisdicional desenvolvida para a tutela do direito material, Mitidiero evidencia o caráter prestacional dos direitos fundamentais ao tratar do direito ao meio ambiente:

Quer tudo isso dizer, que eventuais entraves postos em lei para concessão da tutela jurisdicional ambiental devem ser problematizados à luz dos princípios da precaução e da prevenção, isto é, levando sempre em consideração a especificidade do direito ao ambiente, além, é claro, da promessa constitucional de um processo justo (art. 5º, LIV, CRFB), capaz de prestar tutela jurisdicional efetiva aos direitos (art. 5º, XXXV, CRFB). Fora daí não estará o processo a atingir o seu fim precípua: realizar a justiça nos mais variegados casos concretos (2007, p. 72).

Do mesmo modo, constata a relevância da função prestacional do direito fundamental para a atuação legislativa no sentido de organizar o processo voltado à concretização do direito material com a criação de técnicas, como são as multas de caráter sancionador, aptas a tal intento:

(...) pretendemos analisar o direito fundamental à tutela jurisdicional como um direito à organização de procedimentos adequados para as mais diversas situações carentes de proteção no plano do direito material, explorando a relação desse direito com o tema das tutelas jurisdicionais diferenciadas. A partir daí, nosso intento volta-se para o estudo da técnica processual elegida pelo legislador infraconstitucional para tutela das obrigações de pagar quantia em decorrência de sentença condenatória (notadamente, a multa prevista no art. 475-J, CPC), problematizando essa escolha à luz da eficácia imediata de nosso devido processo legal processual (2007, p. 90, 91).

Marinoni realça o papel do juiz diante do caráter prestacional dos direitos fundamentais, a partir da análise da multa como um meio executivo capaz de dar efetivo atendimento à tutela antecipatória de soma em dinheiro:

Como é simples concluir, a multa é meio imprescindível para a execução da tutela antecipatória de soma e para permitir que o juiz responda ao direito fundamental à tutela jurisdicional. Como esse direito fundamental incide sobre o Estado e, portanto, sobre o legislador e o juiz, é evidente que a omissão do legislador não justifica a omissão do juiz. Melhor explicando: se tal direito fundamental, para ser realizado, exige que o juiz esteja munido de poder suficiente para a proteção – ou tutela – dos direitos, a ausência de regra processual instituidora de instrumento processual idôneo para tanto constitui evidente obstáculo à atuação da jurisdição e ao direito fundamental à tutela jurisdicional. Diante disso, para que a jurisdição possa exercer a sua missão – que é tutelar os direitos fundamentais – e para que o cidadão realmente possa ter garantido o seu direito fundamental à tutela jurisdicional, não há outra alternativa a não ser admitir ao juiz a supressão da omissão inconstitucional (2006, p. 121).

E, por fim, destaca a função de direitos a prestações dos direitos fundamentais processuais, explicitada no segundo capítulo, apontando, ainda para o que o autor chama de “universalidade do acesso à jurisdição”, de modo que se garanta a todos não só o acesso ao Judiciário, mas instrumentos idôneos à tutela do direito material:

Com a democracia social intensificou-se a participação do Estado na sociedade e, por consequência, a atuação do juiz no processo, que não deve mais estar apenas

preocupado com o cumprimento das “regras do jogo”, cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir: i) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real, ii) a justa aplicação das normas de direito material, e iii) a efetividade da tutela dos direitos, já que a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, tornou-se incompatível com a evolução do Estado e do direito (2006, p. 414).

## CONCLUSÃO

Retomando-se as análises feitas neste trabalho acerca da evolução dos direitos da cidadania e da consagração dos direitos fundamentais processuais, percebe-se que a efetividade daqueles direitos tornou-se escopo concreto da ordem jurídica no Estado constitucional. Foi possível compreender a afirmação das garantias processuais como verdadeiros direitos fundamentais a partir da constatação das características de fluidez e historicidade desses direitos.

Inserir-se no contexto da eficácia dos direitos fundamentais a atual etapa do pensamento jurídico, denominada neoconstitucionalismo, que se caracteriza, entre outras noções, pela expansão dos direitos fundamentais com o desenvolvimento de uma teoria erigida sobre o princípio da dignidade humana. Da mesma forma, a eficácia irradiante e a multifuncionalidade dos direitos fundamentais marcam esse período.

É a eficácia irradiante que faz a migração e incorporação das garantias fundamentais para a seara do direito infraconstitucional. Isso proporcionou a tomada de consciência da doutrina no sentido da releitura dos institutos jurídicos sob a ótica da Constituição. Diante disso, a noção de ação reaproximou-se do direito material e agregou, ainda, valores novos definidos pelo ordenamento que fizeram surgir o neoprocessualismo ou formalismo-valorativo.

Além disso, o devido processo legal evoluiu para incorporar garantias mais condizentes com as necessidades do Estado constitucional. Considerando-se que o princípio do devido processo legal (ou do processo justo) é um direito fundamental, resta claro que deve ser encarado como cláusula geral, sendo os fatores de dado momento histórico que determinam o seu desenvolvimento.

No tocante à diversidade de funções conferida aos direitos fundamentais, ressaltou-se o papel de proteção que configura direito a prestações em face dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Essa constatação torna ainda mais importante a consagração dos direitos fundamentais processuais, pois, a partir disso, consegue-se estabelecer meios

concretos para nortear a execução, aplicação e criação das normas em consonância com o processo justo, com vistas a atender o direito material, fundamental ou não.

O presente trabalho teve como meta traçar um referencial acerca da conformação do direito processual à perspectiva da teoria das dimensões dos direitos fundamentais e do Estado constitucional. Tendo em vista a nítida existência de progressos na direção de um processo justo, a partir das análises verificadas, cumpre notar a importância das características de fluidez e historicidade das garantias fundamentais como fator decisivo para a evolução da tutela jurisdicional efetiva.

Essa contribuição demonstra os avanços no sentido do cumprimento das normas constitucionais e da realização dos direitos e orienta para uma perspectiva otimista em relação ao efetivo acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro** (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, vol. 1, 12.ed. Salvador: Jus Podium, 2010.
- DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENDES, Gilmar. “Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional”. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, vol. 4, 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- \_\_\_\_\_. “Direito fundamental ao processo justo”. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, nº. 45, Nov/dez 2010, p. 22-34.
- \_\_\_\_\_. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 .ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988”. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. Material da 6ª aula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

SARMENTO, Daniel. “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria”. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 251/314 - Material da 1ª aula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

\_\_\_\_\_. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In NOVELINO, Marcelo. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podivm, 2009, pp. 31/68. Disponível em: [http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=56993](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993), acesso em 13/03/2012. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria Geral da Constituição, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG

TAVARES, André Ramos. “A Constituição Aberta”. In Revista Latino Americana de Direito Constitucional, n° 8, janeiro/junho de 2008, pp. 326-343. Disponível em: <http://multimedia.opovo.com.br/revista/andre-ramos-tavares.pdf>. Material da 6ª aula da Disciplina Teoria Geral da Constituição, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1, 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZOLLINGER, Marcia Brandão. “Proteção processual aos direitos fundamentais”. Salvador: edições Juspodivm, 2006, págs. 115 a 140. Material da 7ª aula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

