

**AS DIMENSÕES DO PROCESSO:  
ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

*THE DIMENSIONS OF THE LAW SUIT: ANALYSIS UNDER FUNDAMENTAL  
RIGHTS ORDER*

**ALEXANDRE KNOPFHOLZ**

Professor de Processo Penal no Unicuritiba. Mestrando pela mesma instituição e advogado criminal.

*Sumário: 1. Introdução. 2. Direitos fundamentais: noção geral. 3. Direitos fundamentais, Estado de Direito e democracia. 4. As dimensões dos direitos fundamentais. 5. As funções e perspectivas dos direitos fundamentais. 6. A tutela constitucional do processo. 7. A primeira dimensão: as garantias do devido processo legal. 8. A nova perspectiva e o processo em segunda e terceira dimensões. 9. Conclusão. Referências.*

## RESUMO

A constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais traduziu-se em expressiva conquista da humanidade dos últimos séculos. Tais direitos foram inseridos na sociedade em momentos e de formas diferentes. Da concepção liberal, extraiu-se a *primeira dimensão*, calcada em proteções *contra* o Estado e de cunho eminentemente subjetivo. Da concepção social, formou-se a *segunda dimensão*, voltada para o direito a prestações estatais. E, da concepção fraternal e solidária, surgiu a *terceira dimensão*, de acepção mais objetiva, como a anterior. Os direitos e garantias processuais foram, tradicionalmente, analisados apenas sob o enfoque da *primeira dimensão*. Contudo, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais permite a compreensão do processo não apenas em sua concepção liberal, mas como direito fundamental em si mesmo, apto a produzir mudanças sociais e solidárias. Assim, cabe aos dispositivos processuais *garantir as garantias*, sejam estas de abstenção estatal, sejam de atuação positiva de um Estado que se pretende de Direito.

**Palavras-chave:** Constitucionalização. Direitos fundamentais. Processo.

## ABSTRACT

The constitutionalization of fundamental rights has resulted in a significant achievement of mankind in recent centuries. Such rights were integrated into society at different times and through various ways. From the liberal conception, it was drawn up the first dimension, based on the protections against the State and eminently subjective. From the social conception, formed the second dimension, focused on the right to state benefits. And, from the fraternal and solidary conception, arose the third dimension, with a more objective perspective, as the previous one. The rights and procedural guarantees have been traditionally analyzed under the sole focus of the first dimension. However, the objective perspective of the fundamental rights allows understanding the process not only in its liberal conception, but also as a fundamental right in itself, able to produce social and supportive change. Thus, it is up to the

procedural rules to ensure rights, whether they are classified as state abstention, whether they are deemed as a positive action of a state that intends to be a State of Right.

**Keywords:** Constitutionalisation. Fundamental Rights. Process.

## 1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, o estudo dos direitos fundamentais restou esquecido diante da busca de uma ciência jurídica pura, lógica e avaliativa. Com efeito, a essência do pensamento positivista consistiu na procura por um paradigma da “verdadeira ciência”, isto é, de um conhecimento *purificado*, que limitava as reflexões filosóficas e metafísicas, bem como os valores sociais.

De fato, como adverte Suannes<sup>1</sup>, “Falar sobre direitos fundamentais do ser humano era, até pouco tempo, como que blasfemar”. Segundo ele, “Com a secularização do mundo e o descrédito nos valores religiosos e com a crença na perenidade do positivismo jurídico, o *homo economicus* tornou-se algo próximo de uma peça da grande engrenagem de produção seriada.”

É certo, porém, que a nova realidade jurídico-social alterou este panorama, diante do resgate dos valores, direitos e garantias que, antes esquecidos e de base puramente jusnaturalista, passaram a ser positivados e encontraram morada na constitucionalização operada pelos Estados Democráticos de Direito. Assim, não obstante ser possível o estudo dos direitos fundamentais sem uma abordagem constitucional, tal se mostra desaconselhável, diante da íntima ligação entre a Constituição e tais direitos<sup>2</sup>. Se é certo que as raízes históricas dos direitos fundamentais remontam à Antiguidade, igualmente correto que tais direitos só assumem posição de destaque com o advento do Estado moderno e das Constituições.<sup>3</sup> É insuscetível de dúvidas, pois, que “Los derechos fundamentales son un producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y pertenecen al programa del moderno Estado Constitucional, del cual proceden.”<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 70.

<sup>2</sup> BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Direitos Fundamentais, Constituição e Reforma Constitucional. **Revista Jurídica – Faculdades Integradas Curitiba**. Curitiba, edição especial 13, p. 51, 2000.

<sup>3</sup> BIAGI, Cláudia Perotto. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005, p. 18.

<sup>4</sup> GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 77. Tradução livre: “Os direitos fundamentais são um produto das revoluções burguesas do final do século XVIII e pertencem ao programa do moderno Estado Constitucional, do qual procedem.”

Neste panorama, não mais se discute sua existência e importância<sup>5</sup>. Os direitos fundamentais existem, têm força vinculante e são ao mesmo tempo o *porto seguro* das sociedades contemporâneas e a *diretriz* que deve nortear sua atuação. Em um primeiro momento, sua essência é de garantia individual contra o gigantismo estatal; ou seja, fala-se em direitos de defesa dos particulares e deveres de abstenção do Estado<sup>6</sup>. Com o advento do chamado Estado Social, surgem os chamados direitos à prestação, isto é, a passividade estatal dá lugar a ações concretas buscando a efetivação dos direitos fundamentais.

O presente estudo visa situar o processo nesse contexto. Seu objetivo é vislumbrá-lo não apenas como um instrumento necessário – repleto de garantias individuais em favor do jurisdicionado – *contra* possíveis abusos do Estado, mas igualmente como um meio de *atuação positiva* estatal. Em outros termos: busca-se demonstrar a evolução do processo em consonância com a evolução dos direitos fundamentais, apresentando-o não apenas como um direito de defesa, mas igualmente como um direito à prestação; não só como instrumento de restrição, mas também de realização de direitos.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOÇÕES GERAIS

Os direitos fundamentais são os direitos humanos constitucionalizados.<sup>7</sup> Com efeito, de um ponto de vista histórico, os direitos fundamentais são, originariamente, direitos humanos. Contudo, para fins epistemológicos, fala-se de direitos fundamentais como aquelas manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, ao passo que os direitos humanos voltam-se a uma dimensão supra-positiva.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Citando Bobbio, Suannes assevera que atualmente o problema principal em relação aos direitos fundamentais do homem não é mais, como foi no passado, o de se encontrarem argumentos para justificar sua realidade, mas o de buscar meios para protegê-los, pois tal assunto já adquiriu o status de verdade sabida e inquestionável. SUANNES, 2004, p. 77.

<sup>6</sup> Na lição de Bernard Edelman, “a antropologia que sustenta a tradição dos direitos do homem é uma *antropologia guerreira*; tudo se passa como se esse homem vivesse em um mundo perigoso e que lhe fosse necessário, para se proteger, estar envolvido por uma barreira protetora.” EDELMAN, Bernard. Universalidade e direitos do Homem. *In.*: DELMAS-MARTY, Mireille [org.]. **Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência européia**. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 124.

<sup>7</sup> NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 21.

<sup>8</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 37.

Sugerindo a expressão “*direitos fundamentais do homem*”, José Afonso da Silva<sup>9</sup> expõe as razões jurídicas de sua escolha e conceitua tal categoria de direitos:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no *nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre, e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Em sucinta, porém precisa definição, Perez Luño<sup>10</sup> informa que:

Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad, corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho).

É certo, assim, que nem todos os direitos legal ou constitucionalmente previstos são fundamentais. Para Alexy<sup>11</sup>, a formação dos direitos fundamentais passa uma dupla valoração. Em primeiro lugar, é necessário analisar se os interesses e as carências em discussão podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito. Em um segundo momento, deve-se verificar se referido interesse ou carência é de tal forma fundamental que a própria necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento deixe fundamentar-se pelo direito.

Os direitos fundamentais seriam, pois, “[...] declarações da imprescindibilidade de um rol de situações jurídicas de vantagem que

---

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 182.

<sup>10</sup> PEREZ LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. Sexta edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1995, p. 20. Tradução livre: “Os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos de um Estado de Direito de que o sistema jurídico e político em seu conjunto serão orientados pelo respeito e promoção da pessoa humana; em sua estrita dimensão individual (Estado liberal de Direito), ou conjugando esta com a exigência de solidariedade, corolário do componente social e coletivo da vida humana.”

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 48.

corresponderia a um núcleo mínimo de direitos necessários, essenciais e fundamentais para o desenvolvimento do homem.”<sup>12</sup> Justamente em razão de sua importância, são *inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis*.<sup>13</sup>

Fala-se, neste ponto, da fundamentalidade destes direitos sob os aspectos formal e material. A primeira diz respeito à sua necessária constitucionalização. Canotilho<sup>14</sup> descreve sua importância destacando que as normas que consagram os direitos fundamentais devem ser inseridas no topo da pirâmide jurídica, dificilmente podem ser modificadas e devem servir de parâmetro para decisões, ações e controle para os órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais. Já a fundamentalidade material, segundo Cláudia Perotto Biaggi<sup>15</sup>, demonstra que os direitos fundamentais são essenciais para a estrutura normativa básica do Estado e da própria sociedade, caracterizando-se como o fundamento de todo o ordenamento jurídico.

Por outro lado, além da consagração dos referidos direitos, são necessárias medidas de proteção a eles: fala-se das *garantias*, verdadeiros mecanismos que permitem sua efetivação concreta e evitam o descumprimento de seus preceitos. É certo, portanto, que “[...] estabelecidos os *direitos* fundamentais do indivíduo, devem ser, igualmente, estatuídas as *garantias* a ele correspondentes, a fim de preservá-los e tutelá-los mediante atuações judiciais, tanto quanto possível rápidas, prontas e eficazes.”<sup>16</sup>

Na Constituição Federal de 1988, a expressão “direitos e garantias fundamentais” (constante na epígrafe do Título II), é o gênero do qual são espécies os “direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os “direitos sociais” (Capítulo II), os “direitos à nacionalidade” (Capítulo III) e os “direitos políticos” (Capítulo IV), inserindo-se nestes os “partidos políticos” (Capítulo V).

---

<sup>12</sup> CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição**. Princípio constitucionais do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 15.

<sup>13</sup> SILVA, 2000, p. 182.

<sup>14</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 377.

<sup>15</sup> BIAGI, 2005, p. 21.

<sup>16</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 51.

### 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS, ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

Os direitos do homem, as liberdades fundamentais, o respeito da pessoa humana e o Estado de Direito encontram-se sob o signo único da *democracia*, ou seja, de um sistema político que os realiza.<sup>17</sup>

É inegável a relação umbilical entre *direitos fundamentais* e *democracia*, como alicerces sólidos e intangíveis do Estado de Direito. Os direitos fundamentais constituem elemento básico para a realização do princípio democrático, pois concedem legitimidade à democracia.<sup>18</sup> Não há como se conceber o princípio em questão sem os direitos fundamentais, assim como é inconcebível uma Constituição de um Estado de Direito que não garanta os direitos do homem.<sup>19</sup>

Com efeito, o ideal democrático é realizado, principalmente, pelo compromisso na efetivação dos direitos fundamentais, assim como pelo engajamento do povo no processo político como manifestação de sua real cidadania, que, por sua vez, é viabilizada com a promoção e a realização dos mencionados direitos.<sup>20</sup> Aliás, no que se refere à inegável importância destes direitos, Häberle<sup>21</sup> já disse que “A democracia do cidadão está muito próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca.”

É oportuna a explicação de Mádson Ottoni Almeida Rodrigues<sup>22</sup>, que verifica a importância dos direitos fundamentais para a consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito sob um duplo enfoque:

Os direitos fundamentais são *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático, uma vez que desempenham o papel de elemento operativo-constitutivo desse mesmo Estado: operativo na medida em que definem os limites da ação legítima do Estado, sendo requisito de validação substancial do exercício do poder político;

---

<sup>17</sup> EDELMAN, 2004, p. 131.

<sup>18</sup> NUNES, 2007, p. 22.

<sup>19</sup> BERTONCINI, 2000, p. 57.

<sup>20</sup> BIAGI, 2005, p. 24.

<sup>21</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 38.

<sup>22</sup> RODRIGUES, Mádson Ottoni Almeida. A prestação jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais. *In: O novo constitucionalismo da era-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*: São Paulo: Saraiva, 2009, p. 376.

constitutivo no sentido de comporem a base e o fundamento da própria existência do Estado constitucional democrático.

Neste ponto fala-se da real efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Não se trata, apenas, de visualizar os ditames constitucionais como normas abstratas e genéricas. Trata-se, isto sim, de entendê-las como regras de aplicação efetiva e concreta. A normatividade constitucional constitui-se em um compromisso com a efetividade de suas normas<sup>23</sup>, as quais são superiores e supremas às demais, e não podem ser alteradas por vias legislativas ordinárias<sup>24</sup>.

A insuficiência do entendimento segundo o qual a Constituição da República abarca apenas diretrizes a serem seguidas pelos dispositivos infraconstitucionais é muito bem relatada por Jorge de Figueiredo Dias<sup>25</sup>, quando assevera:

Durante muito tempo o pensamento jurídico tendeu a ver nas normas constitucionais – máxime nas que continham garantias fundamentais – simples ‘princípios pragmáticos’, meras directrizes dirigidas ao legislador ordinário que este podia afeiçoar à sua vontade. [...] Hoje, porém, tende por quase toda a parte ver-se na Constituição verdadeiras normas jurídicas que, mesmo contendo uma reserva segundo a qual o direito que asseguram será mantido só ‘nas condições determinadas pela lei’, proíbem à lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade material, que contenha uma regulamentação eliminadora do núcleo essencial daquele direito.

Portanto, são concretos, e não utópicos<sup>26</sup>, os direitos e garantias constitucionais. *A dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), *a legalidade* (art.

---

<sup>23</sup> KELLER, Arno Aroldo. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 173.

<sup>24</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. Barueri: Manole, 2003, p. 97.

<sup>25</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 75.

<sup>26</sup> Daniel Sarmento observa que “Os direitos fundamentais, que constituem, ao lado da democracia, a espinha dorsal do constitucionalismo contemporâneo, não são entidades etéreas, metafísicas, que sobrepõem ao mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana.” SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (Pós-Modernidade Constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 375.

5º, II), o *juiz natural* (art. 5º, XXXVII e LIII), o *devido processo legal* (art. 5º, LIV) o *contraditório e a ampla defesa* (art. 5º, LV), apenas para citar alguns, são princípios *reais e efetivos* a balizarem qualquer aplicação de normas infraconstitucionais, possuindo aplicação imediata, nos termos do parágrafo único do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

#### **4 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Não se podem compreender os direitos fundamentais sem tratar de suas dimensões<sup>27</sup>. Com efeito, a sua trajetória histórica apresenta duas grandes fases, que nortearam sua evolução: a primeira, originária do Estado Liberal, e a segunda, fruto do ideário do Estado Social. Naquela, a busca era por estabelecer limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. A busca pela demarcação de uma rígida fronteira entre o Poder Público e os particulares traduziu-se no surgimento de direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos oponíveis em face do Estado. No Estado Social, por sua vez, assistiu-se a um crescente intervencionismo estatal em prol das partes mais fracas da relação social. Com isso, o Estado viu-se obrigado a cumprir prestações positivas, traduzindo-se numa nova dimensão dos referidos direitos.<sup>28</sup> E, atualmente, fala-se na atuação estatal em busca da fraternidade e da defesa do próprio gênero humano.

Neste sentido, o jurista tcheco Karel Vasak formulou, baseando-se na bandeira francesa, que consagra a “liberdade”, a “igualdade” e a “fraternidade”, as três “gerações” de direitos fundamentais: a primeira, originária das revoluções burguesas, seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na abstenção estatal e na liberdade; a segunda, traduz-se nos direitos econômicos e sociais, a fim de reparar os problemas causados pela Revolução Industrial e consubstancia-se em atos positivos do Estado para a busca da igualdade material. Finalmente, a terceira traria os direitos de solidariedade, esquecidos nas barbáries da segunda guerra mundial e resgatados na Declaração

---

<sup>27</sup> Anelise Coelho Nunes noticia discordância na doutrina quanto à referida expressão. Isto porque alguns doutrinadores – como Celso Ribeiro Bastos e Manoel Gonçalves Ferreira Filho – preferem a expressão “gerações” de direitos fundamentais. Contudo, segundo ela, o termo “dimensões” – utilizado por Norberto Bobbio, Paulo Bonavides e Ingo Wolfgang Sarlet, dentre outros – é o mais adequado, já que compreende um processo acumulativo de aquisição de direitos fundamentais, prevalecendo sobre a simples leitura temporal inserta na palavra “gerações”. NUNES, 2007, p. 30.

<sup>28</sup> SARMENTO, 2003, p. 377-390.

Universal de Direitos Humanos, de 1948. Tem-se, assim, o resgate da fraternidade. Discute-se ainda a existência de uma quarta dimensão, resultado da globalização dos direitos fundamentais, tais como o pluralismo e a democracia.

Assim:

“Na primeira geração encontram-se os direitos *individuais*, que traçam a esfera de proteção das pessoas contra o poder do Estado, e os *direitos políticos*, que expressam os direitos da nacionalidade e os de participação política, que se sintetizam no direito de votar e ser votado. Na segunda geração estão os direitos sociais, econômicos e culturais, referidos normalmente como direitos *sociais*, que incluem os direitos trabalhistas e os direitos a determinadas prestações positivas do Estado, em áreas como educação, saúde, seguridade social e outras. Na terceira geração estão os direitos *coletivos e difusos*, que abrigam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos do consumidor. Já se fala em uma quarta geração, que compreenderia o direito à democracia e ao desenvolvimento.”<sup>29</sup>

Portanto, os direitos fundamentais de *primeira dimensão* são os direitos do indivíduo frente ao Estado, apresentando um caráter negativo, já que administram uma abstenção deste. São, em essência, derivados das conquistas do pensamento liberal, que relegava ao Estado a função de mero mantenedor do *status quo* daquela sociedade, pois se tais direitos eram anteriores e superiores ao próprio Estado, não haveria como este limitá-los:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade – representados pelo direito à vida, direito à liberdade, direito à propriedade e direito à igualdade perante a lei – simbolizaram a marca registrada da nova concepção de Estado que se formava naquela oportunidade, cuja finalidade última consistia na manutenção do espírito revolucionário francês de 1789, calcado nos cânones da liberdade, igualdade e fraternidade. [...] Diante da necessidade de proteger os direitos individuais de liberdade, o constitucionalismo ocidental cuidou de armar o cidadão com instrumentos de defesa perante o Estado, impondo a este uma conduta negativa no tocante a asseguarção dos direitos de liberdade, que tanto são maiores quanto menor a intromissão estatal.<sup>30</sup>

Após a Revolução Industrial e as desigualdades sociais dela decorrentes, surge a *segunda dimensão* de direitos fundamentais, baseada no ideal de igualdade material, traduzindo-se em prestações sociais estatais aos indivíduos, como os direitos à saúde, à assistência social, ao trabalho e à

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 177-178.

<sup>30</sup> RODRIGUES, 2009, p. 377-378.

educação. É a transição, pois, do Estado Liberal para o Estado social, consagrada inicialmente nas Constituições do México (1917), da Rússia (1918) e de Weimar (1919). Fala-se, assim, de uma atitude *ativa* do Estado, e não mais em um abstencionismo: “Entre los derechos fundamentales reciben el nombre de *derechos sociales* aquellos cuyo contenido consiste en una obligación de hacer por parte del Estado, en tanto que se denominan *derechos de libertad* los que tienen por contenido la obligación del Estado de abstenerse de toda interferencia.”<sup>31</sup>

Finalmente, fala-se dos direitos fundamentais de *terceira dimensão*, os quais abarcam os direitos a paz, solidariedade, fraternidade e segurança mundiais, bem como o desenvolvimento dos povos, a proteção ao meio ambiente e a conservação do patrimônio comum da Humanidade:

Os direitos de terceira dimensão são os direitos de fraternidade ou de solidariedade, cujo conteúdo, de natureza coletiva, confere titularidade tanto aos Estados quanto aos indivíduos, a saber: direito à paz, direito ao meio ambiente sadio, direito à preservação do patrimônio da humanidade, direito de comunicação e direito ao desenvolvimento.<sup>32</sup>

Esta visão *tridimensional* dos direitos fundamentais permite a exata compreensão de sua extensão, e permite uma dupla perspectiva. Em uma primeira leitura, pode-se concluir o enquadramento de determinado direito fundamental em uma das dimensões sugeridas. Assim, por exemplo, o direito ao salário mínimo (CF, art. 7º, IV), seria de *segunda dimensão* e o direito à locomoção pertenceria à *primeira dimensão*. Contudo, o que se propõe no presente estudo é uma segunda abordagem: sugere-se a análise de um único direito fundamental permeando todas as dimensões. Ou seja: busca-se a leitura dos direitos fundamentais relativos ao processo, não apenas na sua concepção originária, como direitos de *primeira geração*, calcados no limite da atuação estatal, mas também como direitos à prestação do Estado, em uma necessária aproximação destes direitos à *segunda* e à *terceira* dimensões.

---

<sup>31</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. **La autoridad de los derechos:** Los derechos entre instituciones y normas. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 49. Tradução livre: “Entre os direitos fundamentais, recebem o nome de *derechos sociales* aqueles cujo conteúdo consiste em uma obrigação de fazer por parte do Estado, ao passo que se denominam *derechos de libertad* os que têm por conteúdo a obrigação do Estado de abster-se de toda interferência.”

<sup>32</sup> RODRIGUES, 2009, p. 378

## 5 AS FUNÇÕES E PERSPECTIVAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para o intento proposto, é fundamental a análise das funções e perspectivas dos direitos fundamentais. E, neste ponto, é obrigatória a menção à “teoria dos quatro status” de Jellinek, desenvolvida no final do século XIX, a qual analisa os direitos fundamentais com base nas funções estatais e levando-se em conta a posição do indivíduo frente a ele. O primeiro, chamado *status passivo*, ocorre quando o indivíduo está em posição de subordinação frente aos Poderes Públicos; assim, o que existem são deveres fundamentais para com o Estado, o qual tem competência para vincular o indivíduo, por meio de mandamentos e proibições. O segundo, denominado *status negativo*, é a exigência que os homens gozem de uma liberdade e um âmbito de ação imune ao império estatal. O terceiro, *status positivo*, ocorre nas situações em que o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, que realize uma prestação. Finalmente, o quarto *status*, chamado de *ativo*, acontece quando o indivíduo desfruta competência para influir sobre a formação de vontade do Estado, com o exercício dos direitos políticos.<sup>33</sup>

Sarlet<sup>34</sup> destaca, ainda, outra teoria, qual seja a multifuncionalidade dos direitos fundamentais sugerida por Bleckmann. Este arrola doze funções por eles desempenhadas: (1) direitos de defesa; (2) direitos de participação; (3) garantias institucionais; (4) garantias procedimentais; (5) direitos fundamentais como ordem de valores; (6) direitos fundamentais como normas objetivas; (7) direitos fundamentais como normas impositivas e autorizações para ação; (8) direitos fundamentais como normas de conduta social; (9) direitos fundamentais como fundamento de deveres de proteção do Estado; (10) direitos fundamentais negativos, ou deveres fundamentais; (11) função legitimadora dos direitos fundamentais; e (12) função pacificadora e de parâmetro de justiça.

A partir dessas teorias, o professor gaúcho destaca sua classificação relativamente aos direitos fundamentais, separando os *direitos de defesa* e os *direitos a prestações*, aí englobada a proteção e a participação na organização

---

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 244.

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 182.

e no procedimento.<sup>35</sup> E, neste panorama, surgem as concepções objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais.

A dimensão subjetiva é a sua dimensão clássica, focada no titular do direito, e corresponde à exigência de uma ação negativa ou positiva de outrem. Fala-se, aqui, nas garantias individualmente consideradas, isto é, nos direitos fundamentais enquanto garantias individuais que protegem o indivíduo contra a intervenção – inclusive estatal – em seus direitos e liberdades:

De modo geral, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado). Desde logo, transparece a ideia de que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental se manifesta por meio de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito. Neste sentido, o reconhecimento de um direito subjetivo, de acordo com a formulação de Vieira de Andrade, está atrelado 'à proteção de uma determinada esfera de auto-regulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos'.<sup>36</sup>

Após os horrores da 2ª Guerra Mundial, os juristas germânicos buscaram resgatar os direitos fundamentais, tão desrespeitados e vilipendiados pelo regime nazista. Para tanto, ao promulgarem a Lei Fundamental de Bonn, em 1949, vislumbraram os direitos fundamentais transcendendo a perspectiva de garantia de posições individuais e alcançando a estatura de normas que expressam valores básicos de uma sociedade, que devem ser difundidos para todo o direito positivo.<sup>37</sup>

Fala-se, assim, de sua dimensão objetiva. Nesta, os direitos fundamentais ultrapassam a perspectiva de garantias individuais, e alcançam a estrutura de princípios básicos da ordem constitucional, erigindo-se como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar.<sup>38</sup> Assim, os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas *limites* para o Estado, convertendo-se em *norte* de sua atuação<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Ibid., p. 196.

<sup>36</sup> Ibid., p. 178.

<sup>37</sup> BIAGI, 2005, p. 39.

<sup>38</sup> GUERRA FILHO, 2001, p. 38.

<sup>39</sup> MENTO, 2003, p. 254. Vale lembrar a lição de Perez Luño: “[...] los derechos fundamentales han dejado de ser meros limites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción

Observa Sarmiento<sup>40</sup>:

[...] os direitos fundamentais no constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na ordem jurídica. Sem desprezar este papel dos direitos fundamentais, que não perdeu a sua essencialidade na teoria contemporânea, a doutrina vai agora desvelar uma outra faceta de tais direitos, que virá para agregar-lhe novos efeitos e virtualidades: trata-se da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

E continua:

Uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento da sua 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.<sup>41</sup>

É oportuno destacar que o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não significa desprezo à sua dimensão subjetiva, mas reforço a ela.<sup>42</sup> Não se fala, portanto, de um “reverso da medalha” da perspectiva subjetiva. Significa, isto sim, que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, uma espécie de *mais-valia jurídica*, desembocando no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.<sup>43</sup>

Esta concepção produz uma consequência importantíssima, qual seja a possibilidade de se considerar os direitos fundamentais não apenas sob uma perspectiva individualista, mas, igualmente, que os bens por eles tutelados sejam vistos como um valor em si, a ser preservado e fomentado.<sup>44</sup> De fato, essa despersonalização dos direitos fundamentais traduz-se em um novo horizonte no estudo desses direitos:

---

positiva de los poderes públicos.” Tradução livre: “Os direitos fundamentais deixaram de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, para se transformar em um conjunto de valores ou fins diretivos da ação humana”. PEREZ LUÑO, 1995, p. 21.

<sup>40</sup> Ibid., p. 253.

<sup>41</sup> Ibid., p. 279.

<sup>42</sup> SARMENTO, 2003, p. 256.

<sup>43</sup> SARLET, 2007, p. 169.

<sup>44</sup> MENDES, 2007, p. 256.

A constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, constitui, sem sombra de dúvidas, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais.<sup>45</sup>

É nesta perspectiva objetiva – ainda pouco explorada no estudo dos direitos fundamentais<sup>46</sup> - que se encontra o embasamento teórico do que ora se propõe, isto é, uma análise do processo não apenas como garantia individual, mas igualmente como um direito fundamental transcendental, na busca de ações estatais positivas.

## 6 A TUTELA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

O processo não é apenas instrumento técnico, mas, sobretudo, ético.<sup>47</sup> E como um instrumento de inegável importância em um Estado Democrático de Direito, suas diretrizes foram, naturalmente, erigidas a direitos fundamentais, passando a encontrar guarida constitucional. Assim, cada vez mais, fala-se em constitucionalização do processo<sup>48</sup>. É certo, pois, que a Constituição é o instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do processo e de seus princípios. De fato, “O íntimo relacionamento entre processo e Estado exige a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual.”<sup>49</sup>

Segundo Nelson Nery Junior<sup>50</sup>, o processo deve ser analisado à luz das tarefas fundamentais da Constituição – integração, organização e direção jurídica – e do caráter dirigente e diretamente aplicável dos direitos fundamentais.

---

<sup>45</sup> Ibid., p. 166.

<sup>46</sup> SARLET destaca que tal perspectiva dos direitos fundamentais ainda não foi objeto de estudos mais aprofundados, encontrando, por isso, tímida aplicação. SARLET, op. cit., p. 156.

<sup>47</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 79.

<sup>48</sup> A paternidade do Direito Processual Constitucional é atribuída a Hans Kelsen, por seu pioneirismo na defesa da necessidade de se fornecer às constituições as garantias processuais. GUERRA FILHO, 2001, p. 12.

<sup>49</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 22.

<sup>50</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 38.

Ivo Dantas, ao estabelecer a *teoria constitucional do processo* como um necessário paradigma da fase atual da humanidade, estabelece algumas de suas características, a saber: a) a elevação do processo ao nível constitucional visa, antes de tudo, dar efetividade ao princípio da *dignidade humana*; b) todos os seus elementos são inalcançáveis pela via do poder de reforma, sob pena de inconstitucionalidade material, uma vez que o processo é garantia constitucional; c) justamente em razão disso, incumbe a ele dar maior efetividade na prestação jurisdicional eficiente.<sup>51</sup>

Neste prisma, parte da doutrina faz distinção entre *direito constitucional processual* e *direito processual constitucional*. O primeiro seria aquele que contemplaria o estudo dos conceitos e instituições processuais consagrados na Constituição. O segundo seria relacionado aos dispositivos constitucionais destinados a assegurar a supremacia da própria Carta Magna. Em outras palavras: “Existe um direito constitucional processual para significar o conjunto das normas de direito processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional.”<sup>52</sup>

Mário Lúcio Quintão Soares<sup>53</sup> critica, todavia, a classificação apontada. Segundo ele, ambos os ramos jurídicos guardam requisitos da existência ou de exercício de direitos pelos princípios e institutos da instituição constitucional do processo, devendo ser englobados na nomenclatura *processo constitucional* ou *direito processual constitucional*. Este “Não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se examina o processo em suas relações com a Constituição.”<sup>54</sup>

Seriam, então, temas típicos ao direito processual constitucional, a organização da estrutura judicial, com a distribuição da competência entre os diversos órgãos da jurisdição; os princípios gerais do processo consagrados na

---

<sup>51</sup> DANTAS, Ivo. A pós-modernidade como novo paradigma e a teoria constitucional do processo. *In: O novo constitucionalismo da era-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*: São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

<sup>52</sup> NERY JUNIOR, 2010, p. 41.

<sup>53</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo Constitucional, democracia e direitos fundamentais. *In: SAMPAIO, José Adércio Leite [org.]. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 407.

<sup>54</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios e Garantias constitucionais. *In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna [coord.]. A renovação processual penal após a Constituição de 1988: Estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 2.

Constituição, tais como o do contraditório, do devido processo legal etc., e as ações previstas na Lei Maior com o fim de resguardar a integridade e implementar o próprio ordenamento constitucional.<sup>55</sup>

Para o presente estudo, importa analisar a tutela constitucional do processo em sua dúplice configuração: *a) direito ao processo* (ou direito de ação e de defesa); e *b) direitos no processo* (com as garantias do devido processo legal).<sup>56</sup> Assim, “Hoje, mais do que nunca, a justiça penal e a civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à ordem jurídica justa.”<sup>57</sup>

## 7 A PRIMEIRA DIMENSÃO: AS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A primeira perspectiva do processo constitucional remonta à visão clássica e liberal dos direitos fundamentais. Fala-se, aqui, de institutos caracterizadores de direitos de *primeira dimensão*, ou seja, de garantias individualmente consideradas, de instrumentos *contra* os abusos estatais. É certo que o processo “foi concebido para controlar e estabelecer regras quanto ao exercício da jurisdição. Com as regras do processo, esta, que era ilimitada, passou a conhecer limites [...]”.<sup>58</sup>

Sob este olhar, surge como preceito fundamental – a embasar todos os demais princípios e garantias processuais de primeira dimensão - o *devido processo legal* (CF, art. 5º, LIV) o qual “É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies.”<sup>59</sup>

Em sentido genérico, o devido processo legal caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade; tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process of law*. Em sentido material (*substantive due process*), fala-se de sua incidência em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que diz respeito ao direito material. Finalmente, em sentido processual (*procedural due process*), tem-se o viés

<sup>55</sup> GUERRA FILHO, 2001, p. 13-14.

<sup>56</sup> GRINOVER, 2009, p. 2.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>58</sup> SILVA JUNIOR, W. N. da. **Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 266.

<sup>59</sup> NERY JUNIOR, 2010, p. 79

estritamente instrumental do *devido processo*. No Brasil, este princípio é utilizado nesta terceira concepção, da qual se extraem as inúmeras garantias processuais oriundas da Constituição.<sup>60</sup>

Assim, entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.<sup>61</sup>

Nery Júnior<sup>62</sup> observa:

Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e os incisos do art. 5º, em sua grande maioria, seriam absolutamente despiciendos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos da CF 5º, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteadas a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.

Os principais princípios constitucionais derivados do *due process* são a *isonomia* (CF, art. 5º, *caput* e inciso I), o *juiz* e o *promotor natural* (CF, art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a *inafastabilidade do controle jurisdicional* (CF, art. 5º, XXXV), o *contraditório* e a *ampla defesa* (CF, art. 5º, LV), a *proibição da prova ilícita* (CF, art. 5º, LVI), a *publicidade dos atos processuais* e a *motivação das decisões* (CF, art. 5º, LX e 93, IX), a *presunção de não culpabilidade* (CF, art. 5º, LVII) e a *razoável duração do processo* (CF, art. 5º, LXXVIII).

Fala-se, nesta primeira dimensão, dos postulados necessários ao resguardo da dignidade da pessoa humana no processo. Tal concepção é mais nítida nos direitos fundamentais assegurados em processos criminais, diante do caráter diferenciado e invasivo de sua ideologia, e que podem culminar com a supressão da liberdade, bem jurídico caro ao ser humano, justificando-se, assim uma plêiade de direitos de abstenção estatal.

---

<sup>60</sup> Ibid., p. 81-85.

<sup>61</sup> CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2002, p. 82.

<sup>62</sup> NERY JUNIOR, 2010, p. 87.

## 8 A NOVA PERSPECTIVA E O PROCESSO EM SEGUNDA E TERCEIRA DIMENSÕES

É certo, pois, que os direitos e garantias fundamentais atinentes ao processo são, via de regra, analisados sob o enfoque da primeira dimensão. Contudo, numa concepção objetiva dos referidos direitos, é possível vislumbrá-los gravitando as outras dimensões. Com efeito, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais possibilita ver o processo em si, não apenas o direito do indivíduo em relação a ele. Neste sentido, “A participação procedimental é, ela mesma, o exercício de um direito fundamental.”<sup>63</sup>

O que se quer dizer é que o próprio processo ganhou vida no Estado Democrático de Direito. Como bem afirma Geraldo Prado, “[...] a ideia de democracia atravessa o ambiente estrutural do processo, contaminando-o de diversos modos com a ideologia que busca torná-la hegemônica.”<sup>64</sup>

Não se fala, pois, do processo como um mero instrumento para a obtenção de direitos. Ele é, por si só, um direito fundamental, como observa Canotilho<sup>65</sup>:

A ideia de procedimento/processo continua a ser valorada como dimensão indissociável dos direitos fundamentais. Todavia, a participação *no* e *através* do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas sim uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais.

Assim, se é certo que se pode compreender os direitos e garantias processuais como direitos fundamentais de *primeira dimensão*, numa perspectiva subjetiva, é possível vislumbrar igualmente os direitos processuais nas demais dimensões, sob o já mencionado enfoque objetivo. Com efeito, “[...] o processo distancia-se de uma conotação privatística, deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor eminentemente social.”<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 73.

<sup>64</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33.

<sup>65</sup> CANOTILHO, 2008, p. 74.

<sup>66</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *In.*: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**: estudos em

São oportunas as palavras de Luiz Fernando Bellinetti<sup>67</sup>, ao afirmar ser evidente que “[...] o processo, como instrumento do poder, deve ser visto como um dos elementos fundamentais para a construção de uma sociedade mais justa”.

Muda-se, assim, o *eixo de rotação* do processo: se é certo que ele é, em muitos casos, um meio de restrição e abstenção de seus partícipes, para não afrontar as liberdades individuais, igualmente correto que se trata de um direito fundamental para a obtenção de direitos, muitos dos quais igualmente fundamentais.

Alexy<sup>68</sup> destaca:

Los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una 'protección jurídica efectiva'. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos.

Esta passagem, de direito de defesa para direito à prestação, é facilmente observada, no processo penal, quando da promoção da *ação penal de iniciativa privada*. Nesta, o ofendido exerce o seu *direito de ação ao lado* do Estado, buscando uma postura ativa deste na função jurisdicional. Assim, cria-se a perspectiva

[...] da justificação racional de uma *ação* e de um *processo* que são postos como *garantia fundamental* dos membros do corpo social, não só como um instrumento *contra o Estado*, como se extrai do conteúdo do *devido processo legal*, mas, agora, ao *lado dele*, como e enquanto *agente* da persecução penal.<sup>69</sup>

Outro exemplo que demonstra esta outra perspectiva do processo diz respeito às *ações afirmativas*, assim consideradas as medidas que buscam

---

homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 674.

<sup>67</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. Direito e Processo. *In.*: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 826.

<sup>68</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 472. Tradução livre: Os direitos a procedimentos judiciais e administrativos são essencialmente direitos a uma “proteção jurídica efetiva”. Condição de uma efetiva proteção jurídica é que o resultado do procedimento assegure os direitos materiais do respectivo titular de direitos.

<sup>69</sup> OLIVEIRA, 2009, p. 22-23

eliminar as desigualdades historicamente acumuladas e decorrentes de variadas formas de discriminação. Dentre as formas de atuação estatal em casos tais, surge a possibilidade de se reparar eventuais desigualdades em um processo judicial<sup>70</sup>:

[...] ao invés de simplesmente proceder ao controle jurisdicional de uma medida governamental ou privada, o ato do Poder Judiciário configura, em si próprio, uma medida “positiva” visando a restaurar, a nivelar situações jurídicas individuais ou coletivas que se apartaram em decorrência de um comportamento discriminatório.<sup>71</sup>

Tais processos atingem, pois, direitos fundamentais de *segunda dimensão*, como a igualdade material. Note-se, assim, que, além do direito fundamental perseguido – a igualdade – inserir-se na dimensão apontada, igualmente o processo que o persegue o é, já que se traduz em ação positiva e social do Estado. O mesmo raciocínio pode ser utilizado para os direitos de *terceira dimensão*. Basta tomarem-se como exemplo as inúmeras *ações civis públicas* movidas para a proteção do meio ambiente.

Verifica-se, pois, que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais permite a compreensão do processo não apenas em sua concepção liberal, enquanto garantidor de direitos de *primeira geração*. Nesta nova abordagem, pode-se vislumbrar o próprio processo como direito fundamental, possibilitando que gravite igualmente nas demais dimensões destes direitos.

## 9 CONCLUSÃO

A evolução da humanidade trouxe consigo conquistas inigualáveis. Se, de um lado, a cada dia são anunciados avanços tecnológicos e evolução científica nos mais diversos ramos do conhecimento, de outro o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais consistiu em vitória essencial na história humana.

---

<sup>70</sup> Não se discute, aqui, o tormentoso tema do ativismo judicial, tão debatido nos dias atuais. Quer-se, apenas, demonstrar as ações afirmativas como exemplo do processo como direito de prestação.

<sup>71</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade** (O Direito como Instrumento de Transformação Social, a Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 59.

A positivação e a constitucionalização dos direitos humanos foi, assim, um *divisor de águas* entre as sociedades totalitárias e aquelas que têm na democracia seu sustentáculo maior. Inspirados no modelo liberal, os Estados modernos erigiram os direitos fundamentais como garantias, verdadeiros *freios* aptos a conter a ingerência estatal na esfera privada. Deriva, daí, a primeira dimensão destes direitos, bem como sua concepção subjetiva, calcada na individualidade.

Após a Revolução Industrial, os direitos fundamentais ganharam uma nova roupagem, mais social, exigindo uma atuação estatal positiva. E, após o término da segunda grande guerra, iniciou-se ainda uma terceira abordagem, de cunho fraternal, e de igual pró-atividade estatal. Criaram-se, assim, os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, respectivamente, ambos com viés mais objetivo e menos individual.

Os direitos e garantias atinentes à função jurisdicional e o modo de sua consecução – o processo – devem seguir essa evolução. Atualmente, quando se fala em direitos e garantias processuais, elencadas na Constituição Federal, automaticamente raciocina-se com a defesa e proteção do partícipe de um processo contra a sanha acusatória, via de regra, estatal. Neste sentido, fala-se em *ampla defesa, contraditório, motivação das decisões judiciais*, dentre outros. Trata-se, assim, de um viés de *primeira dimensão*, de prestação negativa e sob um prisma eminentemente subjetivo.

É inegável a importância dessa concepção. Em um Estado Democrático de Direito, não é possível conceber o processo sem garantias. A orientação de um processo pautado em direitos fundamentais traduz um primado fundamental para a manutenção da democracia.

Contudo, tal visão não é a única.

A evolução dos direitos fundamentais e a descoberta de seu caráter objetivo permitem uma nova leitura do processo. Não é melhor e nem pior que a anterior. É diferente. É a inserção dos dispositivos processuais como meios hábeis para uma atuação ativa para a garantia dos direitos de segunda e terceira gerações. Com efeito, avança-se de uma visão individualista para uma concepção mais ampla, na busca, de toda a sociedade, da justiça.

Fala-se, assim, no próprio processo como direito fundamental. Cabe a ele, em última análise, *garantir as garantias*, sejam estas de abstenção estatal, sejam de atuação positiva de um Estado que se pretende de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Direito e Processo. *In.:* FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Direitos Fundamentais, Constituição e Reforma Constitucional. Revista Jurídica – Faculdades Integradas Curitiba. Curitiba, edição especial 13, 2000.

BIAGI, Cláudia Perotto. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *In.:* FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. Estudo sobre direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. Processo Penal e Constituição. Princípio constitucionais do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DANTAS, Ivo. A pós-modernidade como novo paradigma e a teoria constitucional do processo. *In: O novo constitucionalismo da era-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*: São Paulo: Saraiva, 2009.

EDELMAN, Bernard. Universalidade e direitos do Homem. *In: DELMAS-MARTY, Mireille [org.]. Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência européia*. Barueri, SP: Manole, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade (O Direito como Instrumento de Transformação Social, a Experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y derechos fundamentales. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios e Garantias constitucionais. *In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna [coord.]. A renovação*

processual penal após a Constituição de 1988: Estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

KELLER, Arno Aroldo. A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira. Barueri: Manole, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Anelise Coelho. A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PALOMBELLA, Gianluigi. La autoridad de los derechos: Los derechos entre instituciones y normas. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

PEREZ LUÑO, Antonio E. Los derechos fundamentales. Sexta edición. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1995.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RODRIGUES, Mádson Ottoni Almeida. A prestação jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais. *In: O novo constitucionalismo da era-positivista: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (Pós-Modernidade Constitucional?). *In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA JUNIOR, W. N. da. Curso de processo penal: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo Constitucional, democracia e direitos fundamentais. *In.: SAMPAIO, José Adércio Leite [org.]. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SUANNES, Adauto. Os fundamentos éticos do devido processo penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, Rogerio Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.