

PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL: LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Luzia Andressa Feliciano de Lira*

Walter Nunes da Silva Júnior**

RESUMO

Trata da perspectiva constitucional do processo civil, tendo como ponto de partida a análise da teoria da relação jurídica processual encampada pelos principais processualistas. Objetiva avaliar a conformação constitucional do processo civil, sob o enfoque da legitimação e legitimidade das decisões. Apresenta as teses em defesa da legitimidade das decisões abordadas pela doutrina. Utiliza, como parâmetro da análise da legitimidade, a concepção dos direitos fundamentais expressa na Constituição. Defende que o processo civil demonstra-se em consonância com o Estado Constitucional, no momento em que atua como elemento crucial para a defesa da adequada tutela dos direitos fundamentais, momento em que é capaz de produzir uma decisão acobertada pelo manto da legitimidade.

Palavras-chave: Estado Constitucional. Processo Civil. Legitimidade das decisões. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

A constitucionalização do ordenamento é tema recorrente na doutrina nas diversas áreas do direito – civil, penal, processual, administrativo. No entanto, a par das especulações teóricas, torna-se imprescindível realizar uma análise crítica e detalhada sobre o tema, a fim

* Mestranda em Direito Constitucional na Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogada.

** Mestre e Doutor em Direito. Ex-Promotor de Justiça. Ex-Juiz de Direito. Ex-Procurador da República. Ex-Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça. Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Juiz Federal.

de evitar a sua banalização ou desestruturação mediante a aplicação equivocada dos seus preceitos no sistema constitucional.

No âmbito do processo civil, a teoria da relação jurídica tradicional não se apresenta adequada à amplitude da concepção do processo no Estado Constitucional, em face da dogmática introspectiva processual. Sob essa perspectiva, busca-se analisar como o processo civil brasileiro insere-se no modelo do Estado Constitucional, enfatizando-se a mensuração da legitimidade das decisões a partir da concepção dos direitos fundamentais.

Para isso, remonta-se às teorias clássicas de análise da relação jurídica processual, questionando a sua repercussão no desenvolvimento da ciência processual. Após isso, aborda-se o problema da legitimidade das decisões, mencionando três perspectivas: legitimação pela participação no procedimento, legitimidade do procedimento e legitimidade da decisão.

Com amparo nas reflexões expostas, defende-se que o processo civil torna-se compatível com o Estado Constitucional por meio da legitimidade das decisões judiciais alcançada pela tutela e concretização dos direitos fundamentais.

Destarte, a mera participação das partes no processo (legitimação pela participação) ou o cumprimento dos parâmetros fixados no procedimento (legitimação pelo procedimento) não são suficientes para legitimar as decisões judiciais e, com isso, defender a constitucionalização do processo civil.

2 A PERSPECTIVA DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO CONSTITUCIONAL E A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

De acordo com Riccardo Guastini (2007, p. 273), a constitucionalização, como “processo de transformação de um ordenamento jurídico”, promove a expansão das normas constitucionais para os demais ramos do direito, de modo a abarcar todos os fatos sociais e influenciar a legislação infraconstitucional, a jurisprudência, os trabalhos doutrinários e todos os elementos imprescindíveis à organização do ordenamento jurídico.

Embora a relevância e a importância desse fenômeno sejam reconhecidas doutrinariamente, é imprescindível estabelecer parâmetros críticos de análise a fim de evitar a banalização do tema ou a sua inaplicabilidade prática.

A mera declaração dos pressupostos para a amplitude constitucional (constituição rígida, instrumentos de controle de constitucionalidade, força normativa da constituição,

interpretação diferenciada das normas constitucionais e reconhecimento da influência das normas constitucionais sobre as relações políticas) não se demonstra suficiente quando não é definido um parâmetro objetivo de análise do efeito da constitucionalização do ordenamento.

No âmbito do processo civil, um ponto relevante a ser pesquisado para a análise da sua conformação constitucional reside na análise da teoria da relação jurídica processual à luz das teses de legitimação e legitimidade das decisões judiciais, a partir da concepção e tutela dos direitos fundamentais.

Conforme dispõe Marinoni (2007), a teoria da relação jurídica processual, inspirada na autonomia do direito processual do século XIX, não é capaz de absorver a completude dos preceitos do Estado Constitucional, cuja visão democrática pauta-se, primordialmente, na defesa dos direitos fundamentais.

Em resposta ao modelo de processo sincrético, a postura autonomista da análise da relação jurídica processual orientou-se nas investigações acerca do conceito e natureza jurídica da ação (caráter abstrato), demonstrando o mais elevado grau da compreensão da autonomia do processo em face do direito material. Nessa fase evolutiva, “chegou-se afinal a um ponto de *maturidade* mais do que satisfatório no direito processual” (grifo do autor) (DINAMARCO, 2008, p. 20).

Apesar dos méritos dessa visão da relação jurídica processual, releva-se um elemento desfavorável, qual seja, a sua extremada visão introspectiva, ao centrar-se no processo como um fim em si mesmo, ou seja, como instrumento totalmente desvinculado do direito material perseguido com a submissão da lide à apreciação do Poder Judiciário.

Nesse afã, cumpre mencionar a concepção de Oskar Bülow, o qual defendia que a relação jurídica processual era absolutamente distinta da relação privada discutida em juízo. De acordo com Leal (2008), a tese defendida por Bülow era uma evidente tentativa de contestar o formalismo existente à época, conferindo à magistratura relevante contribuição na construção da norma jurídica (de decisão).

A importância conferida ao julgador, por esse doutrinador, permite identificar o processo como instrumento de jurisdição, ou seja, como uma atividade do magistrado na criação do direito, posto que ele atua em nome do Estado. Nesse aspecto, sobressai a sua influência na escola do Direito Livre, uma vez que compreende o primado da vontade, do sentimento como elemento estruturador da interpretação e criação do direito.

No entanto, a teoria do processo como relação jurídica exposta por Bülow demonstrou-se imprestável à legitimação das decisões por que não oferecia parâmetros

suficientes para a análise do grau de legitimidade da atividade jurisdicional que poderia ser pautada, em última análise, em elementos emocionais e sentimentais.

Para Leal (2008, p. 64-65), “toda tentativa de elevar o processo impregnado da herança bülowiana à condição de garantidor de direitos fundamentais falha exatamente em razão do fato de que não poderia ser esse processo, ao mesmo tempo, instrumento de poder [...] e sua limitação eficaz – [...]”.

Além de Bülow, outros processualistas seguiram a análise da relação jurídica processual, apresentando aspectos novos, mas mantendo a mesma limitação inicial da visão autonomista e introspectiva do processo civil, mediante o enfoque no exercício da jurisdição.

Chiovenda (2002) compreende a relação jurídica processual como instrumento de atuação do Estado (uma vez que o julgador age em nome deste ente), identificando a sua finalidade na atuação da vontade concreta da lei. A distinção mais relevante entre Chiovenda e Bülow, portanto, reside no fato de que o primeiro entende o processo como instrumento para a realização da vontade da lei e o segundo defende a atuação do magistrado para a construção e aplicação do direito.

Por sua vez, Carnelutti (2000), compreende o processo como uma relação jurídica pautada nas normas instrumentais, as quais eram responsáveis pela atribuição do poder para a resolução dos conflitos, bem como pela imposição coercitiva da solução identificada com base na regra jurídica. Ao dar maior enfoque ao poder do Estado, como possibilidade de impor as decisões, Carnelutti, inevitavelmente se aproxima da teoria bülowiana (processo como instrumento de poder).

Embora Couture (1946) tenha reconhecido a relevância dos fundamentos constitucionais do processo e a necessidade de conformação da legislação infraconstitucional aos preceitos da Lei Fundamental no que se refere às garantias processuais – o que ensejaria o estudo da perspectiva constitucional do processo civil –, não conseguiu se afastar da tradicional perspectiva de Bülow, uma vez que utilizava o processo civil como instrumento jurídico para alcance dos fins da jurisdição.

A partir de relevante estudo acerca dos pressupostos da relação jurídica processual, Liebman (1984) não mantém a perspectiva bülowiana, posto que reconhece o processo como relação jurídica responsável pelo desenvolvimento da jurisdição, por intermédio da atividade do julgador.

Assim, o seu conceito de jurisdição está relacionado ao exame do mérito da decisão, uma vez que antes da análise do mérito da causa, o processo é apenas uma relação jurídica de

atuação do Poder Judiciário – fato que demonstra a sua aproximação com os ideais de Bülow de enfoque no exercício da jurisdição, a par dos demais elementos que envolvem o processo.

Ao centrarem-se na jurisdição, os tradicionais estudiosos do processo civil permitem que a relação jurídica processual se afaste do direito material (inclusive, os direitos fundamentais) e da realidade social do Estado. No entanto, considerando que os Estados possuem fins a serem perseguidos, essa neutralidade de postura da ciência processual obsta o reconhecimento do mínimo de legitimidade da relação jurídica processual.

Ademais, restringindo-se no plano da técnica procedimental como elemento a serviço da jurisdição, tais processualistas, na perspectiva da teoria bülowiana, centraram-se no estudo de técnicas de reforço do poder estatal, em detrimento da necessária reflexão sobre os elementos de legitimidade do direito (norma jurídica de decisão) com base nos parâmetros democráticos.

Por essa razão, ressalva Marinoni (2007, p. 511) que há “[...] a impossibilidade de se tomar a teoria da relação jurídica processual, infiltrada pelos propósitos dos seus edificadores do final do século XIX, como algo prestável a uma teoria processual compatível com o Estado Constitucional”.

O conceito da relação jurídica processual, em face da sua neutralidade, afasta o processo em relação à questão da legitimidade (seja em relação à participação no procedimento, pelo procedimento ou da decisão). Isso porque a concepção de legitimidade inexistente no modelo de processo civil que prima pela abstração dos seus conceitos e neutralidade em relação ao contexto social de sua aplicação.

Destarte, a importância da ciência processual não reside na limitação da análise da relação entre parte e Estado (julgador), mas sim na possibilidade desta refletir e permitir a concretização dos valores proclamados no texto constitucional e, principalmente, dos direitos fundamentais em defesa da dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, passa-se a analisar a legitimidade das decisões judiciais do processo civil, a fim de justificar a conformação constitucional deste ramo do direito ou a sua compatibilidade com o Estado Constitucional.

3 LEGITIMIDADE DAS DECISÕES

Antes de adentrar nos fundamentos para a legitimação das decisões judiciais expostos na doutrina, cumpre fazer uma distinção primordial entre o uso dos termos legitimação e legitimidade.

À luz das disposições de Marinoni (2007), compreende-se a legitimação como atributo conferido à decisão proferida por agente dotado de autoridade, como exemplo, a investidura no cargo de juiz dotado do poder dever de julgar seria um elemento de legitimação das decisões judiciais proferidas. Por sua vez, a legitimidade da decisão apresenta-se como a sua conformidade com algum padrão de justiça ou correção, dando-se enfoque ao plano normativo.

O problema da legitimidade das decisões é tema que enseja um amplo debate acadêmico, uma vez que exige a conformação do *decisium* com os direitos fundamentais e demais valores constantes no texto constitucional. A ausência de mensuração da legitimidade das decisões restringe a análise desta em relação apenas à legitimação do exercício do poder pelo procedimento (cumprimento dos deveres processuais objetivos).

3.1 A legitimidade das decisões pela participação das partes no procedimento

De acordo com Marinoni (2007), a perspectiva de análise da legitimidade das decisões a partir da participação das partes no procedimento engloba, em breve síntese, a possibilidade de exercício do direito de ação e do contraditório, permitindo a participação das partes em todas as fases do processo.

Conforme expõe Leal (2008), um processualista que defende tal concepção é Fazzalari, o qual compreende o contraditório como elemento essencial do processo, uma vez que repercute no ato de decisão do julgador. Portanto, apenas há processo quando há a participação das partes envolvidas (autor, réu e Estado) nas fases de formação do ato decisório, a fim de garantir a legitimidade da imposição de uma obrigação pela decisão proferida.

Apesar da relevância da contribuição deste doutrinador, impõe-se ressaltar que o enfoque conferido ao contraditório e à participação ativa das partes no convencimento do juiz não menciona a questão da legitimidade da decisão, ou seja, do seu conteúdo em relação aos direitos fundamentais e valores constitucionais.

Com isso, sobressaem-se dois problemas essenciais da perspectiva da legitimidade defendida por Fazzalari: a) ausência de preocupação com a efetiva tutela dos direitos fundamentais vindicados por intermédio do procedimento adequado; b) inexistência de questionamento acerca da legitimidade da atuação do julgador em afastar a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Para Marinoni (2007, p. 526), “a legitimação da jurisdição não pode ser alcançada apenas pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo imprescindível pensar em uma legitimação do conteúdo da decisão”.

Destarte, ao buscar a legitimidade apenas no exercício da jurisdição em procedimento contraditório, Fazzalari afasta-se dos pilares do Estado Constitucional, uma vez que não abarca a perspectiva dos direitos fundamentais e os valores da Constituição como elementos imprescindíveis para a legitimidade da decisão no âmbito do processo civil.

Outros doutrinadores, como Owen Fiss e Robert Alexy, defendem o conceito de legitimidade pela participação do processo de construção da decisão, conforme expõe Marinoni (2007).

No entanto, o enfoque conferido por esses autores compreende o aspecto dialógico ou discursivo do procedimento, de modo que o processo não é considerado como um espaço de dedução de interesses, mas como um instrumento por intermédio do qual as partes e o juiz alcançam uma decisão capaz de considerar os pontos de vista de ambos participantes.

Apesar da distinção metodológica entre as concepções, as teses em defesa da legitimidade em face da participação no procedimento não se demonstram adequadas aos preceitos do Estado Constitucional, uma vez que esse busca, primordialmente, garantir a realização dos direitos fundamentais e das normas constitucionais – elementos que são desconsiderados naquelas teorias.

3.2 A legitimidade da decisão pelo procedimento

A tese em defesa da legitimidade pelo procedimento tem como pressuposto inicial a concepção de que o julgador, investido para o exercício da função jurisdicional, possui “deficiência de legitimidade na origem” (MARINONI, 2007, p. 521). Com isso, uma das formas de suprir tal deficiência decorre da possibilidade de controle da decisão do julgador por intermédio do procedimento – que é estabelecido pelo parlamento.

De modo distinto da tese de Fazzarali, a concepção de legitimidade pelo procedimento de Luhmann compreende, em virtude da sua teoria sistêmica, o procedimento judicial como um subsistema social, de modo que a função da decisão reside em eliminar a insegurança e o procedimento serve para conferir a aceitabilidade dessa decisão.

Conforme salienta Marinoni (2007), Luhmann absorve a questão da legitimidade da decisão a legitimação pelo procedimento, uma vez que esse permite a realização de uma decisão aceitável, independentemente da concepção de justiça ou de outros valores existentes.

Com isso, Luhmann afasta da análise da legitimidade qualquer conteúdo substantivo, renegando, por consequência, a busca pela tutela dos direitos fundamentais, uma vez que o procedimento, na sua concepção, é totalmente alheio às influências externas (realidade social, direito material).

A partir da concepção de que o procedimento judicial é autônomo em relação aos demais subsistemas, a aceitação das decisões é buscada de forma autopoiética, ou seja, a teoria procedimental estabelecida previamente é condição suficiente para a legitimação do procedimento, ainda que as decisões ensejem ampla discussão na sociedade.

A sua concepção de legitimidade, portanto, não mensura os interesses sociais ou mesmo os direitos fundamentais presentes na lide, razão pela qual o respeito ao procedimento afasta qualquer preocupação com aceitabilidade e correção da decisão em relação ao direito material que visa tutelar.

Tendo em vista que o procedimento, nos moldes defendidos por Luhmann, não tem a finalidade de concretizar qualquer direito fundamental ou reconhecer qualquer valor constitucionalmente posto, tem-se uma teoria que não se demonstra amplamente coerente com os ditames do Estado Constitucional.

Destarte, o apego ao procedimento, em detrimento dos fins buscados pelo processo (justiça, bem material, direitos fundamentais) não se demonstra suficientemente defensável a partir do modelo do Estado Constitucional, o qual, pelo contrário, visa garantir que as normas constitucionais sejam respeitadas e aplicadas nos diversos ramos do direito.

Diante desse afastamento em relação aos direitos na dimensão da Constituição, a tese de legitimação das decisões judiciais pelo procedimento (respeito aos aspectos formalmente estabelecidos na legislação processual) e a defesa da observância do procedimento não são suficientes e adequadas para conferir legitimidade à decisão do processo civil. Portanto, não são aptas a justificar a conformação constitucional do processo civil.

3.3 A legitimidade da decisão pelo princípio democrático

De acordo com Leal (2008), a problemática de legitimidade perpassa, necessariamente, pela institucionalização jurídica do princípio do discurso, o qual compreende a concepção do princípio da democracia. Para Oliveira (2002), a função do direito é cumprida mediante a garantia de um processo democrático, por meio do qual sejam respeitadas as normas jurídicas presentes no ordenamento, com a participação discursiva das partes no processo.

Das exposições desses autores, compreende-se que a legitimidade do direito é alcançada mediante a institucionalização do princípio democrático (teoria do discurso, ação comunicativa), por meio da qual as normas jurídicas sejam estabelecidas mediante a participação dos seus destinatários, em dissonância com o aspecto autopoiético.

Nesse sentido, o caráter procedimental do processo, além de ser necessariamente fruto da atividade legislativa representativa, deve, para atender aos preceitos de legitimidade, corresponder ao “adequado entrelaçamento entre direitos humanos e soberania do povo decorrentes das tradições liberal e republicanista de concepção paradigmática do direito” (LEAL, 2008, p. 147).

Diante do paradigma procedimental do Estado Democrático do Direito, o direito passa a ser compreendido pela institucionalização das condições que permitam que as partes (afetadas pelos atos decisórios) possam participar de criação e interpretação das normas jurídicas, inclusive com o papel fiscalizatório.

Na perspectiva do direito processual civil, enfoque conferido neste trabalho, a principiologia constitucional do processo (previsão de garantias de cunho constitucional, como contraditório, ampla defesa e isonomia processual) pode ser considerada, à luz da concepção exposta por Leal (2008), como elemento fomentador dessa legitimidade decisória.

Veja-se que os aspectos levantados nessa concepção (contraditório, por exemplo) não se restringe à mera participação no procedimento, conforme defendido por Fazzalari. Tem-se, nessa acepção de legitimidade da decisão pelo princípio democrático, a garantia de participação das partes em todas as fases de construção, interpretação e aplicação das normas, mediante a previsão de institutos que permitam fiscalizar a atuação do Estado no cumprimento dos seus deveres constitucionais.

Destarte, a análise do processo não se restringe ao estudo do procedimento, mas compreende a análise da legitimidade decisória, pautada pela regência das normas constitucionais, inclusive no âmbito administrativo.

Registre-se esse fundamento: “o ato jurisdicional só será jurisdicional se demonstrar que essas pretensões de validade [teorias fático-normativas desenvolvidas em seus discursos] foram *decisivas*” (LEAL, 2008, p.152, grifos do autor). Ou seja, no âmbito dos conflitos interpretativos, o julgador merece exercer o seu mister a partir da análise dos discursos acerca da validade dos fatos e da correção normativa.

Apesar da relevância dogmática dessa teoria, defendida por Leal (2008) e da sua aproximação com os interesses do Estado Constitucional, há que se registrar a amplitude teórica dessa tese, fato que, possivelmente, pode prejudicar a sua compreensão e aplicabilidade prática.

4 LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Finalidade e normatividade dos fundamentais

A análise dos direitos fundamentais deve se iniciar a partir da sua definição doutrinária. Nesse sentido, os direitos fundamentais “*são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual*” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 40, grifos no original).

Nas lições de Dimoulis e Martins (2012), são identificados os elementos básicos dos direitos fundamentais, quais sejam, os sujeitos (destinatários e Estado), a finalidade e a posição normativa. Embora relevante a discussão acerca dos três elementos que compõem essa construção teórica, dá-se ênfase à análise da finalidade e do caráter normativo dos direitos fundamentais, a fim de justificar a sua tutela como elemento legitimador das decisões judiciais.

No que se refere ao caráter normativo dos direitos fundamentais, Dimoulis e Martins (2012) argumentam que “um direito é fundamental se e somente (*condição necessária*) for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional”

(DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 40, grifos do autor). Diante dessa perspectiva, ressalva-se a força normativa da constituição.

Consoante ressalva Hesse (1991), a essência da norma constitucional reside na sua vigência, ou seja, na possibilidade da situação prevista normativamente ser concretizada na realidade social, razão pela qual defende que a pretensão de eficácia da norma jurídica apenas será alcançada quando observada a intrínseca relação entre o ordenamento normativo e a contexto fático correspondente (condições sociais, políticas, econômicas e outras).

Destarte, “a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia” (HESSE, 1991, p. 16) e, ainda que considerada uma simples construção teórica, toda Constituição possui uma força vital mínima que apenas necessita ser desenvolvida com base na realidade fática, bem como na sua capacidade de imposição de condutas.

O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais, no entanto, não se demonstra capaz de garantir a sua máxima efetivação sem que haja a previsão de mecanismos e garantias que viabilize o exercício de tais direitos. Para Baracho (2006, p. 53), “o sistema de proteção dos direitos fundamentais concretiza-se na sua viabilização em sede jurisdicional”, ou seja, mediante o exercício do direito de acesso à justiça e de procedimento adequado.

A finalidade dos direitos fundamentais (de limitação do poder do Estado em face dos indivíduos) decorre do próprio desenvolvimento dos ideais do constitucionalismo, uma vez que a limitação do poder estatal apresenta-se como elemento essencial para a preservação da liberdade individual e dos demais direitos dos cidadãos, conforme dispõe Canotilho (2000 na análise dos movimentos constitucionais que fomentam o atual Estado Constitucional).

Hesse (1996) defende que os direitos fundamentais visam primordialmente a proteger a esfera individual dos cidadãos em face da intervenção do Estado, criando e mantendo as condições necessárias para assegurar a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Com isso, a singularidade, a estrutura e a função dos direitos fundamentais objetivam garantir não apenas os direitos individuais, mas também os princípios objetivos básicos para o ordenamento constitucional democrático.

Para Dimoulis e Martins (2012), a finalidade primordial dos direitos fundamentais reside na atribuição de uma posição jurídica de direito subjetivo, nos âmbitos do direito material e processual, mediante a limitação dos poderes do Estado.

Cada um dos tipos normativos dos direitos fundamentais possuem, conforme demonstram Dimoulis e Martins (2012), uma área de regulamentação e uma área de proteção.

A primeira abarca a postura do constituinte ao regulamentar a situação fática mediante a previsão de um direito fundamental (por exemplo, direito à vida). A área de proteção compreende o recorte feito pelo constituinte digno de proteção, ou seja, dentro da ampla área de regulamentação, há comportamentos e situações não protegidas pela norma constitucional.

Para Marinoni (2007, p. 531), os direitos fundamentais possuem “função de mandamento de tutela (ou de proteção), obrigando o juiz a suprir a omissão ou a insuficiência da tutela devida pelo legislador”. Reconhece-se, pois, o caráter normativo dos direitos fundamentais, mediante o qual é imposto, ao juiz, o dever de permitir a concretização desses direitos mediante a supressão de omissões ou incorreções legislativas.

Baracho (2006) apresenta uma perspectiva mais avançada sobre o tema ao afirmar que os direitos fundamentais, por vincular os Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) do Estado, impõem a sua imediata aplicação no âmbito jurisdicional, por intermédio de mecanismos processuais eficazes para conferir a efetividade prática necessária a esses direitos.

Com ênfase no processo civil, é possível inferir que os direitos fundamentais conferem aos cidadãos a titularidade de um direito subjetivo material (rol de direitos) e processual (mediante a previsão de procedimentos para a sua realização).

Nesse sentido, é o posicionamento de Miranda (2000), para o qual os direitos fundamentais não merecem ser compreendidos meramente de modo estático, centrando-se na discussão acerca do seu conteúdo, mas sim na perspectiva da sua efetivação, ou seja, a partir da defesa da sua aplicação prática por intermédio do procedimento.

Por essa razão, torna-se imprescindível compreender a relevância do conteúdo material dos direitos fundamentais, dotados de normatividade constitucional e com a função de limitar o poder do Estado, no âmbito das decisões judiciais. A ênfase em regra conferida à análise do procedimento torna-se inócua se não há a persecução da tutela dos direitos fundamentais, mediante a análise da sua área de regulamentação e proteção.

4.2 A busca pela concretização dos direitos fundamentais como fator de legitimação das decisões do processo civil

Conforme exposto, as teorias de legitimação das decisões apresentadas pela doutrina apresentam pontos de vulnerabilidade para a proteção dos direitos fundamentais.

Embora Fazzalari defenda a participação das partes ativamente no processo por intermédio do contraditório, sua tese é limitada por não prever qualquer análise de conformação da decisão com os direitos fundamentais. Luhmann, por sua vez, nega explicitamente a necessidade de concretização dos direitos fundamentais nas decisões judiciais, defendendo o procedimento como subsistema autônomo que, uma vez observado pelo julgador, confere a legitimidade necessária à decisão.

Com efeito, no momento em que as teorias de análise da legitimidade das decisões judiciais enfatizam o processo como mero procedimento, acabam por afastar a preocupação do julgador em relação ao conteúdo substancial dos direitos fundamentais. Aqui reside, portanto, a fragilidade de tais digressões teóricas, posto que criam a ilusória percepção de que a análise do respeito ao procedimento (inclusive as garantias processuais) substitui o mandamento constitucional de proteção dos direitos fundamentais.

No entanto, a conformação constitucional do processo civil enseja uma análise mais aprofundada do processo, de modo a abarcar não apenas a perspectiva do procedimento (como as teorias de legitimidade apresentadas) ou da função jurisdicional (conforme as teorias clássicas de análise da relação processual).

O modelo do Estado Constitucional exige, portanto, a observação das normas constitucionais as quais, dotadas de força normativa, influenciam todo o sistema jurídico. Para o processo civil, a busca pela efetividade dos direitos fundamentais é o ponto crucial para a análise da sua conformação constitucional, visto que o processo tem como finalidade primordial proteger um direito do cidadão.

Nesse sentido, toda a construção dogmática neste âmbito deve pautar-se pelo conteúdo material dos direitos fundamentais, aplicando-os em consonância com as normas constitucionais. O avanço da técnica procedimental assume relevância constitucional quando tem como escopo a concretização de direitos fundamentais, inclusive de acesso à justiça.

No âmbito de análise da conformidade constitucional de uma norma infraconstitucional, a perspectiva da legitimidade demonstra-se mais evidente, posto que é defensável o afastamento de uma norma em razão da defesa e proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, é o posicionamento de Marinoni (2007, p. 537) “ao afirmar a inadequação da lei a um direito fundamental, o juiz deve argumentar que a lei interfere sobre o bem que foi excluído da sua esfera de disposição”.

Destarte, a defesa da conformação constitucional do processo civil compreende a possibilidade de controle dos atos normativos infralegais mediante a tutela dos direitos

fundamentais. Não se trata de sobreposição de poderes (Judiciário ao Legislativo), mas sim de justificação do afastamento da lei de origem parlamentar, e em regra dotada de representatividade, quando esta macula algum direito fundamental.

Isso porque a efetividade dos direitos fundamentais é alcançada quando se utiliza os mecanismos de promovem a sua realização jurisdicional. A jurisdição, portanto, assume a responsabilidade de conferir a aplicabilidade prática dos direitos fundamentais, mediante a ênfase no seu conteúdo e nos valores que o circundam.

A natureza aberta das normas jurídicas e dos valores constitucionais, embora possam ser suscitados como problemas a essa perspectiva, não são capazes de afastar a busca pela concretização dos direitos fundamentais, por intermédio da identificação da sua área de proteção é legitimada no momento em que se preserva o direito material posto à apreciação do Poder Judiciário.

Sendo assim, a conformação constitucional do processo civil pode ser justificada em face da busca pela efetividade dos direitos fundamentais mediante a atividade jurisdicional. O enfoque, portanto, reside em conferir legitimidade às decisões judiciais quando essas, a par de centrar-se no procedimento formal, busca conferir a máxima efetividade dos direitos fundamentais, em busca da concretização da sua área de proteção.

A perspectiva da legitimidade das decisões a partir dos direitos fundamentais enfatiza a fragilidade da compreensão neutra e indiferente do processo civil (perspectiva dos procedimentos), uma vez que o Estado Constitucional demanda a proteção dos direitos fundamentais e valores consagrados na Constituição. Destarte, não se demonstra adequado pensar no processo civil como um instrumento procedimental que esteja alheio à jurisdição no âmbito do Estado Constitucional.

Sob esse enfoque, tem-se que a legitimidade da decisão proferida no âmbito do processo civil é alcançada no momento em que há a adequada proteção dos direitos fundamentais, consagrando a sua área de proteção no sistema constitucional.

5 CONCLUSÃO

As teorias da relação jurídica tradicionais demonstram-se insuficientes para justificar a conformação constitucional do processo civil, posto que apresentam uma visão introspectiva e despreocupada com os fins perseguidos pelo Estado Constitucional. Por essa razão, buscou-

se analisar as teses em defesa da legitimidade das decisões judiciais, a fim de identificar uma teoria capaz de abarcar o atual estágio do neoconstitucionalismo.

A tese em defesa da legitimidade pela participação no procedimento, com ênfase nos estudos de Fazzarali, centra-se no exercício do contraditório como elemento primordial para a formação da decisão judicial. Partindo da concepção de que o poder é exercício por intermédio do procedimento, a mera participação no procedimento judicial seria capaz de legitimar o exercício da jurisdição.

Por sua vez, a tese baseada na legitimidade pelo procedimento, analisando-se a obra de Luhman, pugna pelo afastamento da insegurança social por meio da decisão judicial, que deve estar voltada para a sua aceitabilidade perante à sociedade. Nessa perspectiva de análise da legitimidade das decisões judiciais, o procedimento é o único parâmetro a ser observado pelo julgador, razão pela qual não se confere ênfase à tutela dos direitos fundamentais.

A tese que defende a legitimidade da decisão pelo princípio democrático, embora confira um enfoque bastante relevante acerca da garantia de participação das partes em todas as fases de construção e da interpretação e aplicação das normas, apresentou-se deveras abstrata.

A possibilidade de fiscalização da atuação do Estado no cumprimento dos seus deveres constitucionais, sem dúvida alguma, é elemento primordial num modelo de Estado Constitucional. Contudo, há que se estabelecer, de modo mais clarividente, as perspectivas práticas dos fundamentos defendidos por essa concepção, razão pela qual compreende a necessidade da sua complementação a partir da concepção dos direitos fundamentais.

A doutrina, ao abordar os direitos fundamentais, demonstra a relevância, as funções e, principalmente, a sua posição no ordenamento jurídico. Destarte, na análise dos direitos fundamentais, sobressai a relevância do seu conteúdo material, da sua normatividade e da função de limitar o poder do Estado, no âmbito das decisões judiciais.

Diante disso, o enfoque procedimento torna-se inócuo se não há a persecução da tutela dos direitos fundamentais, mediante a análise da sua área de regulamentação e proteção. Ademais, a decisão torna-se legítima quando, em razão da defesa da tutela dos direitos fundamentais, afasta-se a aplicação de um dispositivo normativo.

A partir dessa perspectiva, defende-se que a legitimidade da decisão proferida no âmbito do processo civil faz-se presente quando há a adequada proteção dos direitos fundamentais, em detrimento do enfoque conferido ao procedimentalismo (no sentido de que a legitimidade decorre da mera observância do procedimento fixado pelo parlamento).

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil) *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coordenadores). **A Constitucionalização do direito**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. v. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. v. 1. Campinas: Bookseller, 2002.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teria geral dos direitos fundamentais**. 4.ed São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUASTINI, Riccardo. A ‘Constitucionalização’ do Ordenamento Jurídico e a Experiência Italiana. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coordenadores). **A Constitucionalização do direito**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. Significado de los derechos fundamentales. *In*: **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coordenadores). **A Constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cantoni de. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.