

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: GARANTIAS PROCESSUAIS E GARANTIAS MATERIAIS

Juraci Mourão Lopes Filho*

1 Introdução. 2 Direitos fundamentais: direitos subjetivos e sua dimensão objetiva. 3 Direitos fundamentais e sua definição. 4 As garantias fundamentais. 5 Espécies de garantias fundamentais. 6 Garantias processuais e garantias materiais. 7 Conclusões. 8 Bibliografia.

RESUMO

O presente artigo investiga os direitos e garantias fundamentais, destacando suas distinções e classificações e dando destacado enfoque às garantias processuais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Garantias substanciais e processuais.

1 INTRODUÇÃO

É sabido que as constituições ocidentais modernas possuem em seu texto três temas principais: Estado, indivíduo e sociedade. Os dois primeiros eram os únicos abordados pelas constituições liberais, sendo o último típico das constituições de Estados sociais. No disciplinamento de tais temas avulta a relevância dos direitos fundamentais, que, neste momento inicial, podemos delinear como os direitos inatacáveis e imodificáveis dos indivíduos e da sociedade que permeiam a própria conformação constitucional dessas três realidades.

Tais direitos – em sua fase inicial quando ainda eram apenas direitos de liberdades – eram apenas declarados. São exemplos disto as “Declarações do Homem e do Cidadão” e a “Declaração da Filadélfia”. No entanto, o diuturno trato da matéria evidenciou que não bastava para um disciplinamento juridicamente eficaz a simples *declaração* de direitos fundamentais, era preciso se *estabelecer* proteções e meios para propiciar ou melhorar a consecução e o fomento dos direitos declarados.

* Mestre em Direito Constitucional (UFC). Pós-graduado em Direito Processual Civil (UFC). Professor Universitário (Graduação e Pós-graduação). Coordenador-Geral Adjunto do Curso de Direito da Faculdade Christus. Assessor do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

A dogmática jurídica, então, vislumbra dentro da mesma rubrica “Direitos Fundamentais” dois institutos jurídicos distintos: direitos fundamentais (que podemos chamar de *stricto sensu*) e garantias fundamentais. São coisas diferentes, embora guardem similitudes por serem ambas espécies do mesmo gênero.

O presente texto tem o intuito de apresentar os contornos básicos dessas duas figuras jurídicas mediante uma abordagem dogmática do assunto. De forma alguma se quer aqui encerrar verdades, mas apenas apresentar algumas considerações que julgamos úteis para compreensão de tão relevante tema.

A importância da análise do tema evidencia-se pelo fato de quanto mais se conhecer, investigar e estudar uma matéria, mais arraigada estará na pré-compreensão jurídica dos artífices do direito, irradiando-se para outros campos do Direito, sendo que nenhum outro tema mereça mais esta disseminação do que os direitos fundamentais, pautas essenciais para uma sociedade juridicamente organizada.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITOS SUBJETIVOS E SUA DIMENSÃO OBJETIVA

Dentre as clássicas figuras da ciência jurídica temos os chamados direitos subjetivos. Muita tinta já foi gasta para defini-los, sendo histórico o debate entre Savigny e Ihering, este considerando-os um interesse juridicamente protegido; aquele, uma faculdade juridicamente protegida. Para os fins do presente trabalho é despidendo adentrar nas minúcias do tema, é bastante aqui definir direito subjetivo como uma posição subjetiva de vantagem.

Considerando, pois, direito subjetivo como uma posição subjetiva de vantagem que um indivíduo tem sobre outro, de quem pode exigir uma prestação (direito subjetivo a uma prestação) ou uma sujeição (direito potestativo), vê-se que os direitos fundamentais (*lato sensu*) são sim direitos subjetivos, pois colocam os indivíduos, por sua própria condição humana, em uma posição de vantagem sobre outro (via de regra, mas não sempre, o Estado).

É certo que pairam algumas dúvidas sobre poderem as garantias fundamentais ensejar diretamente comportamentos dos indivíduos. No entanto, não podemos compartilhar desse entendimento. Os direitos fundamentais, no sentido lato que abrange as garantias fundamentais, sempre autorizam um certo comportamento ou exigência. E não é só. Tais direitos possuem uma dimensão objetiva, ou seja, não apenas autorizam o comportamento do particular como conformam a própria maneira de ser do Estado. Neste sentido Willis Santiago Guerra Filho bem coloca que

os direitos fundamentais não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também, uma outra, objetiva, donde se fala em seu 'duplo caráter', preconizando-se a figura do *status* como mais adequada do que a do direito subjetivo para caracterizá-los. A dimensão objetiva é aquela em que os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar.¹

A noção dessa dimensão objetiva dos direitos fundamentais teve origem em julgamento histórico do Tribunal Federal Alemão em 1949, o que demonstra quão tardia é, no Brasil, a matéria, porquanto há não mais que quinze anos passou-se a discuti-la nas academias, sendo ainda desconhecida qualquer manifestação mais evidente por parte de nossos pretórios. O caso originário ficou conhecido como o caso Lüth, no qual, segundo Luiz Roberto Barroso,

os fatos subjacentes eram os seguintes. Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessão de tal conduta, por considerá-la em violação ao §826 do Código Civil (BGB) ('quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados'). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do direito civil.²

Assim, restou consagrado que os direitos fundamentais, além de ensejarem uma posição subjetiva de vantagem, instituem uma ordem objetiva de valores. Tal concepção é reforçada quando se pensa os direitos fundamentais como princípios que são mandados de otimização que devem ser observados principalmente pelo Estado sempre que for fática e juridicamente possível. Robert Alexy escreve que "los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas³."

Portanto, os direitos fundamentais, incluídas as garantias, são direitos subjetivos, no sentido de propiciarem aos indivíduos uma situação subjetiva de vantagem. Ademais, possuem uma dimensão objetiva, porquanto conformam a atividade do Estado que deve observá-los e fomentá-los sempre que for fática e juridicamente possível. Esta dimensão objetiva é de tal forma relevante que faz autores, como Willis Guerra, entenderem que sua existên-

cia impede que se considerem os direitos fundamentais apenas como direitos subjetivos.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA DEFINIÇÃO

Até o momento já tecemos várias linhas sobre direitos fundamentais. Mas, afinal, o que são eles? Vemos que são direitos com dimensão subjetiva e objetiva, tomados como mandados de otimização. Mas o que faz com que um direito seja um direito fundamental?

Carl Schmitt, bem ao modo, diz que direito fundamental é aquilo que a Constituição trata como tal, independentemente do conteúdo. Há, em contrapartida, quem confunda direito fundamental com os direitos dos homens, como os direitos ínsitos à própria condição humana. Ambos os modos de entender, no entanto, pecam pelos extremos.

Gregorio Robles dá a resposta à pergunta sobre o que torna um direito em fundamental, partindo da diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais. Aqueles são pautas morais internacionais que se exige sejam reconhecidas e postas em práticas⁴. Na mesma linha de idéias, Willis Santiago Guerra Filho entende os direitos humanos como pautas ético-políticas, situados em uma dimensão supra-positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas. Por sua vez, o autor espanhol entende direito fundamental diferenciando-os dos direitos humanos quando afirma que

los llamados derechos humanos no son verdaderos derechos, sino tan sólo una forma de hablar para referirse a criterios morales, los derechos fundamentales son auténticos derechos subjetivos a los que el ordenamiento jurídico distingue de los derechos subjetivos ordinários mediante um tratamiento normativo y procesal privilegiado. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos privilegiados⁵.

Dessa primeira abordagem podemos concluir alguns elementos definidores dos direitos fundamentais: a) são direitos positivados; b) gozam de tratamento normativo diferenciado.

Para bem definir direitos fundamentais é preciso entender que é necessário se ter em mente critérios de ordem material e formal. É nesse sentido que J.J. Gomes Canotilho escreve que “a ‘fundamentalidade’ (Alexy) aponta para especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.⁶

Vê-se, pois, que não é somente um dado material ou formal que caracteriza um direito como direito fundamental, mas a conjugação de ambos. A ausência de um deles infirma a caracterização de um direito como fundamental.

Sobre o aspecto formal dos direitos fundamentais escreve o autor português:

A fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cfr. CRP, art. 288º/d e e); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais⁷.

Diante disso, percebe-se que, para ser fundamental, um direito não basta possuir certo conteúdo, mas também receber um disciplinamento diferenciado do ordenamento jurídico positivo. É preciso que desfrute de uma proeminência em relação aos demais consagrados pela ordem jurídica, que não é dada pela simples enunciação da constituição neste sentido – como entende Carl Schmitt -, mas uma séria de formalidades, dentre as quais destacamos a superioridade hierárquica e a modificação limitada ou até mesmo inviabilizada pelo legislador ordinário ou pelo constituinte derivado.

Quanto ao aspecto material dos direitos fundamentais, este é de definição mais dificultosa. Varia ao sabor das concepções acerca do que é ínsito e indispensável ao ser humano em cada sociedade. Varia, igualmente, as teorias que os fundamentam. Robert Alexy⁸ exemplifica essa pluralidade dogmática falando da existência da teoria institucional dos direitos fundamentais, da teoria axiológica, da teoria do Estado burguês ou teoria liberal, da teoria democrático-funcional e da teoria do Estado social.

O autor critica muitas dessas teorias por apresentarem hodiernamente dois problemas, sendo o mais relevante se fundamentarem absolutamente em uma tese básica. As críticas, segundo Alexy⁹, têm como razão a consideração geral segundo a qual seria surpreendente, dada a variedade e complexidade daquilo que regulam os direitos fundamentais e a experiência segundo a qual as questões práticas de alguma importância sempre há que levar em conta um feixe de pontos de vistas opostos entre si, que justamente os direitos fundamentais poderiam ser resumidos em um único princípio.

No entanto, o autor alemão ressalva dessas críticas a teoria unipontual que coloca como fim último a dignidade da pessoa humana, sendo essa concepção que vem prevalecendo na ordem jurídica brasileira. Willis Santiago Guerra Filho a este propósito escreve:

Dentre os 'princípios fundamentais gerais', enunciados no art. 1º da Constituição de 88, merece destaque especial aquele que impõe respeito à dignidade da pessoa humana. O princípio merece formulação clássica kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde que o outro seja tratado como objeto, e não como igualmente um sujeito. Esse princípio demarcaria o que a doutrina constitucional alemã, considerando a disposição do art. 19, II, da Lei Fundamental, denomina de 'núcleo essencial intangível' dos direitos fundamentais. Entre nós, ainda antes de entrar em vigor a atual Constituição, a melhor doutrina já enfatizava que 'o núcleo essencial dos direitos humanos reside na vida e na dignidade da pessoa'. Os direitos fundamentais, portanto, estariam consagrados objetivamente em 'princípios constitucionais especiais', que seriam a 'densificação' (Canotilho) ou 'concretização' (embora ainda em nível extremamente abstrato) daquele 'princípio fundamental geral', de respeito à dignidade humana.¹⁰

Destaque-se que os direitos fundamentais, a fim de preservar a dignidade humana, tiveram como centro de preocupação inicial o indivíduo isoladamente considerado (direitos fundamentais de primeira geração), sendo gradativamente ampliados para abranger direitos atinentes a determinados grupos e, finalmente, ter como objeto de cuidado a própria sociedade.

Outra importante evolução por que passaram os direitos fundamentais foi a constatação de que não são só direitos postos em favor do particular frente ao Estado, mas do particular frente a qualquer outro sujeito de direito, especialmente contra aqueles que podem de alguma forma interferir unilateralmente na esfera jurídica de outro, ou seja, contra quem pode exercer alguma forma de poder sobre outro.

Assim, os direitos fundamentais deixam de ter como centro o Estado (sendo definidos como os limites intangíveis mínimos que o Estado não pode ultrapassar) para ter como ponto convergente o indivíduo sujeito desses direitos, que passam a ser oponíveis não somente ao ente estatal, mas a qualquer outro sujeito de direitos.

Portanto, para finalizar este tópico, temos que os direitos fundamentais são aqueles direitos positivados em uma determinada ordem jurídica e que possuem formalmente proeminência frente aos demais, tendo como núcleo e fim último a dignidade da pessoa humana e que é ligada ao próprio indivíduo que pode opô-los a qualquer outro sujeito de direito, seja público ou particular.

4 AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Como muito apropriadamente coloca Gérson Marques¹¹, reconheceu-se, ao longo do desenvolvimento dos direitos humanos, que não basta para efetivação destes direitos simples declarações. É indispensável que haja, também, instrumentos de defesa do indivíduo frente ao Estado. Somente assim poder-se-á falar em efetivação dos direitos individuais e segurança jurídica. Surgem, em razão disto, as garantias como instrumentos assecuratórios de direitos.

Em razão dessa função preservativa das garantias fundamentais com relação aos direitos fundamentais é que desempenham relevantíssimo papel na ordem jurídica de um Estado, pois, juntamente com Paulo Bonavides, entendemos que “sem as garantias constitucionais os direitos contidos e declarações formais cairiam no vazio das esferas abstratas, ou perderiam o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deverá propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas¹²”. Logo em seguida arremata:

De nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não houvessem pois as garantias constitucionais para fazer reais e efetivos esses direitos. A garantia constitucional é, por conseguinte, a mais alta das garantias de um ordenamento jurídico, ficando acima das garantias legais ou ordinárias, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição, perante as quais se curva, tanto o legislador comum, como os titulares de qualquer dos Poderes, obrigados ao respeito e acatamento de direitos que a norma suprema protege¹³.

É nesse momento que a doutrina constitucionalista se apercebe da distinção entre direitos e garantias fundamentais. Paulo Bonavides escreve que a garantia existe sempre em face de um direito que demanda proteção e de um perigo que deve esconjurar. Isto porque são direitos que podem ser afetados pela atuação unilateral de um terceiro (seja o próprio Estado, seja um particular). Bem coloca o autor:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se¹⁴.

Diante dessas considerações, pode-se traçar o seguinte quadro diferenciador entre direitos e garantias fundamentais:

Direitos	Garantias
- São bens em si mesmos	- São instrumentais em relação aos direitos
- Os direitos são principais	- As garantias são acessórias
- Os direitos se assentam nos indivíduos independentemente do Estado	- Reportam-se, via de regra, ao Estado em atividade de relação com os direitos
- Os direitos de liberdade são forma da pessoa agir	- As garantias são modos de o Estado e instituições sociais se organizarem e agirem
- Os direitos fundamentais valem por aquilo que vale o indivíduo	- As garantias têm valor instrumental e derivado dos direitos
- Os direitos são declarados	- As garantias são estabelecidas
- Os direitos se inserem imediatamente na esfera jurídica dos indivíduos	- As garantias se inserem mediadamente na esfera jurídica dos indivíduos

Diante disso podemos colocar que as garantias são meios de proteção ou de fomento de direitos que com elas não se confundem. São veiculadas por normas positivadas que protegem ou criam campo para melhor atuarem direitos subjetivos ou objetivos.

Impende destacar que, como já adiantado, as garantias fundamentais são direitos fundamentais se tomados estes em seu sentido lato (como aqueles que dotados de privilégios formais e ligados à dignidade da pessoa humana). A distinção aqui traçada é entre garantias fundamentais e direitos fundamentais *strito sensu*.

Assim, como os direitos, as garantias fundamentais passaram por uma evolução entre indivíduo, liberdade e instituições. Com efeito, no seu nascedouro liberal – como seria esperado – as garantias fundamentais tiveram seu foco centrado no indivíduo isoladamente considerado, a fim de assegurar-lhe o *status libertatis* colocado como valor último do Estado Liberal. Posteriormente, passou-se a não só mais se buscar uma proteção ao indivíduo, mas também a dadas realidades sociais, cuja permanência se faz necessária, o que qualifica as garantias neste aspecto como garantias institucionais, que serão mais bem analisadas a seguir.

No atual estágio evolutivo dos estudos das garantias tem-se que as garantias não são só oponíveis ao Estado, sendo também levadas para o âmbito das relações privadas.

Para uma perfeita definição do que venham a ser as garantias constitucionais valemo-nos, mais uma vez das lições de Paulo Bonavides para com ele asseverar que “chegamos, portanto, à seguinte conclusão: a garantia constitucional é uma garantia que disciplina, tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado¹⁵.”

5 ESPÉCIES DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS

É possível se estabelecer as seguintes espécies de garantias fundamentais: a) garantias de direitos subjetivos e garantias de direitos objetivos; b) garantias qualificadas e garantias simples; c) garantias individuais e garantias institucionais; d) garantias materiais e garantias processuais.

A primeira classificação das garantias, descritas acima no item “a”, diz respeito ao objeto da proteção feita pelas garantias. Com efeito, as garantias de direito objetivo, especialmente da Constituição Federal, têm o escopo de defender a eficácia e permanência da ordem constitucional, assegurando sua aplicação e conservação contra fatores desestabilizantes. Já as garantias de direito subjetivo conduzem à capacidade de os indivíduos exigirem dos poderes públicos ou institucionais a proteção de seus direitos.

Por sua vez a qualificação entre garantias simples e garantias qualificadas, indicada acima em “b”, diz respeito àqueles a quem é oponível a garantia, se exclusivamente ao legislador ordinário, será uma garantia simples. No entanto, se a garantia também for oponível ao constituinte derivado será uma garantia qualificada.

As duas últimas classificações, indicadas nos itens “c” e “d” são as mais relevantes.

Com efeito, viu-se que a incorporação nos ordenamentos jurídicos dos Estados ocidentais de garantias não estreitamente ao indivíduo isoladamente tomado e sim a realidades sociais que se visa a preservar, saltou-se para uma nova concepção de garantias fundamentais, sendo intimamente ligadas aos direitos fundamentais de segunda geração, típicos do Estado social surgido no século XX com a Constituição mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.

Paulo Bonavides¹⁶ – que aqui citamos reiteradamente dado o brilhantismo de sua exposição sobre o tempo, sem paralelo na doutrina nacional – bem coloca que “uma das maiores novidades constitucionais do século XX é o reconhecimento das garantias institucionais, tão importante para a compreensão dos fundamentos do Estado social quanto as clássicas garantias constitucionais do direito natural e do individualismo o foram para o Estado liberal”. Logo em seguida arremata o autor: “a garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem

como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza”.

As garantias individuais, as primeiras a serem concebidas já pelas constituições liberais, têm por precípua preocupação a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Eram, pois, nos termos de Rui Barbosa, solenidades tutelares que circundam alguns direitos contra o abuso do Poder. Até hoje tais garantias possuem inegável e relevante serventia.

Por fim, a classificação entre garantias materiais e processuais, dada sua alta relevância para este texto, serão tratadas em tópico específico.

6 GARANTIAS PROCESSUAIS E GARANTIAS MATERIAIS

Segundo Gérson Marques¹⁷, as garantias materiais assemelham-se às chamadas garantias limites que formam o sistema de proteção organizada para a defesa tanto de instituições (realidades sociais objetivamente consideradas) como de posições subjetivas de vantagens (direitos subjetivos). São espécies destas garantias materiais a proibição de censura e a vedação ao confisco. Podemos perceber que as garantias materiais criam posições subjetivas de vantagem contra o Estado ou particulares, ensejando um espaço (surgindo pela restrição da atuação de ambos) em que se permite a prática mais eficaz de uma outra posição de vantagens, ou impondo ao Estado que crie esse espaço para atuação dos direitos garantidos.

Escreve ainda o dileto professor que

ao lado das garantias materiais, há as garantias processuais. As garantias processuais são aquelas que dizem respeito ao processo em si, assegurando os direitos das partes pela via processual, qualquer que seja o tipo de processo: civil, penal, trabalhista... algumas dessas garantias alcançam as modalidades de processo não-judicial, exatamente porque se voltam a assegurar o acesso do cidadão à tutela estatal de seus direitos em geral. Constituem garantias processuais o direito ao devido processo legal (feição processual), à ampla defesa, o direito de prova, à imparcialidade das decisões, ao juiz natural, ao justo processo, à recursividade, à prova lícita, à igualdade de tratamento no âmbito do processo.¹⁸

Especialmente as garantias processuais vêm ganhando importância nos mais recentes estudos do direito, especialmente com as doutrinas de Elio Fazzalari (com seu específico conceito de processo e a processualidade ampla) e Niklas Luhmann (com sua legitimação pelo procedimento).

Partindo de estudos dos atos administrativos, Fazzalari percebeu uma realidade própria distinta dos atos simples, compostos ou complexos, a qual denominou de procedimento. Para ele,

gli amministrativisti hanno elaborato la disciplina e il concetto del 'procedimento' proprio partendo dal modello delle attività di giustizia, come a ovvio archetipo; senza però, pervenire alla constatazione che tale modello non è esclusivo della giustizia, sibbene è un schema di teoria generale, utilizzabile e utilizzato al di là della giurisdizione, in qualsiasi settore dell'ordinamento, e così, in quello della pubblica amministrazione.¹⁹

Caracteriza o procedimento um conjunto de atos prévios, coordenados e concatenados entre si, distinto do ato final. Quando este procedimento previr a possibilidade de participação daqueles indivíduos afetados pelo ato final, mediante contraditório e ampla defesa, ele configurará o processo propriamente dito. Escreve ele:

il 'processo' è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare le loro attività²⁰.

Nessa linha de raciocínio, Fazzalari proclama que toda utilização de poder, ou seja, a prática de um ato que unilateralmente afete a esfera jurídica de um indivíduo, seja pelo Estado ou por instituição particular, deverá ser precedida de um processo no sentido acima descrito. A garantia do devido processo legal, pois, é oponível amplamente sempre que o sujeito possa ser afetado por um ato unilateral de outro sujeito. O processo administrativo disciplinar, prévio à aplicação da pena de demissão, e o processo dentro de um partido, antes da expulsão de um de seus membros, podem ser utilizados como exemplo de incidência da garantia processual ampla ao devido processo legal, que é a mais fundamental das garantias processuais.

A necessidade desse manejo do processo – ou até mesmo de um procedimento – previamente ao exercício de poder que afetará a esfera de um particular também se justifica ao se analisar sob o enfoque da teoria de Niklas Luhmann sobre a legitimação pelo procedimento. Para este doutrinador as tomadas de decisões e o exercício do poder serão mais bem aceitos pelos indivíduos se eles participarem ativamente do conjunto de atos prévios a eles. Já no prefácio de sua obra, escreve:

Ao pensamento liberal sobre direito, estado e sociedade, que se vai liberando do tesouro da antiga tradição europeia, pertence a hipótese de que os procedimentos legalmente organizados podem contribuir ou mesmo levar à legitimação de opções obrigatórias do ponto de vista jurídico. Consciente ou inconscientemente, esta tese foi concebida para substituir o antigo modelo europeu de uma ordem hierárquica de fontes e matérias jurídicas. Parece deixar entrever mais sinceridade para o estabelecimento de normas, maior elasticidade e adaptabilidade do direito e um

potencial mais elevado para transformações estruturais da sociedade. Tal como a categoria do contrato para o âmbito da ‘sociedade’, assim a categoria do procedimento para o âmbito do ‘estado’ parece apresentar aquela fórmula mágica que combina a mais alta medida de segurança e liberdade que se pode praticar concretamente no dia-a-dia e que transmite, enquanto instituição, todas as resoluções do futuro. Contrato e procedimento parecem, numa perspectiva evolucionária, aquisições improváveis que permitem à época atual estabelecer sobre a variabilidade e eliminar qualquer futuro possível²¹.

Como se vê, as garantias constitucionais processuais desfrutam nos dias presentes de eminentes cuidados por parte da doutrina, seja para permitir um controle sobre os atos de poder (atos que unilateralmente praticados têm o condão de afetar validamente a esfera jurídica de outro), seja para ensejar a legitimidade dos mesmos atos (que são considerados como que consentidos). A relação entre processo e constituição, mediante o fio condutor, que são as garantias ora tratadas, vem se intensificando a cada dia, a ponto de se falar de uma Teoria Processual da Constituição, sobre a qual deixamos de tecer aqui maiores comentários por não condizer com os fins deste trabalho. Convém, porém, assentar que a relação entre processo e constituição, segundo Cândido Rangel Dinamarco,

revela ao estudioso dois sentidos vetoriais em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido Constituição-processo, tem-se tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (‘jurisdição constitucional das liberdades’), mais toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive.²²

7 CONCLUSÃO

De todo o exposto até aqui, exurgem as seguintes conclusões:

a) os direitos fundamentais, incluídas as garantias, são direitos subjetivos, no sentido de propiciarem aos indivíduos uma situação subjetiva de vantagem. Ademais, possuem uma dimensão objetiva, porquanto conformam a atividade do Estado que deve observá-los e fomentá-los sempre que for fática e juridicamente possível;

b) os direitos fundamentais são aqueles direitos positivados em uma determinada ordem jurídica e que possuem formalmente proeminência frente aos demais, tendo como núcleo e fim último a dignidade da pessoa huma-

na e que é ligada ao próprio indivíduo que pode opô-los a qualquer outro sujeito de direito, seja público ou particular;

c) a garantia constitucional é uma garantia que disciplina, tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado;

d) É possível se estabelecer as seguintes espécies de garantias fundamentais: d.1.) garantias de direito subjetivo e garantias de direitos subjetivos; d.2.) garantias qualificadas e garantias simples; d.3.) garantias individuais e garantias institucionais; d.4.) garantias materiais e garantias processuais;

e) as garantias de direito objetivo, especialmente da Constituição Federal, têm o escopo de defender a eficácia e permanência da ordem constitucional, assegurando sua aplicação e conservação contra fatores desestabilizantes. Já as garantias de direito subjetivo conduzem à capacidade de os indivíduos exigirem dos poderes públicos ou institucionais a proteção de seus direitos;

f) as garantias qualificadas são aquelas oponíveis ao legislador ordinário e ao constituinte derivado, enquanto as garantias simples são oponíveis apenas àquele;

g) as garantias individuais, típicas do Estado liberal, têm como preocupações principais a liberdade, o patrimônio e a segurança, sendo centradas nos indivíduos isoladamente considerados. Por sua vez, as garantias institucionais ligam-se a dadas realidades sociais as quais se quer preservar;

h) segundo Gérson Marques, as garantias materiais assemelham-se às chamadas garantias limites que formam o sistema de proteção organizada para a defesa dos direitos. As garantias processuais são aquelas que dizem respeito ao processo em si, assegurando os direitos das partes pela via processual, qualquer que seja o tipo de processo;

i) as teorias de Elio Fazzalari (com seu específico conceito de processo e a processualidade ampla) e de Niklas Luhmann (com sua legitimação pelo procedimento) contribuíram grandemente para o fortalecimento das garantias processuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, p.1-42, abr/jun. 2005.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1986.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *Fundamentos constitucionais do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ROBLES, Gregório. *Los derechos fundamentales y la ética em la soiedad actual*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1995.

¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 46.

² BARROSO, Luiz Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240, abr/jun.2005.

³ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.86.

⁴ ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1995, p. 18-19.

⁵ ROBLES, op.cit., p.21-22.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 354.

⁷ *Ibid.*, p. 355.

⁸ ALEXY, op.cit., p.36.

⁹ ALEXY, op.cit., p.37.

¹⁰ GUERRA FILHO, op.cit., p.163-164.

¹¹ MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. *Fundamentos constitucionais do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 33-34.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 488.

¹³ *Ibid.*, p. 488.

¹⁴ *Ibid.*, p.484.

¹⁵ *Ibid.*,p. 493.

¹⁶ *Ibid.*, p.492.

¹⁷ MARQUES DE LIMA, *op.cit.*, p. 56.

¹⁸ MARQUES DE LIMA, *op.cit.*, p. 57.

¹⁹ FAZZLARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1986, p. 72-73.

²⁰ *Ibid.*, p. 77.

²¹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27.

FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS AND THEIR PROTECTION

ABSTRACT

This article examines the fundamental rights and freedoms and the juridical possibilities for their protection, highlighting their differences and, especially, the assurances found in legal proceedings.

KEYWORDS: Fundamental Rights and Freedoms. Assurances in general and in legal proceedings.

DROITS ET GARANTIES FONDAMENTAUX – GARANTIES PROCÉDURALES ET GARANTIES MATÉRIELLES

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article sur les droits et garanties fondamentaux dont soulève à la fois leurs distinctions et leurs classifications. Aussi il est en question de mettre en évidence les garanties procédurales.

MOTS-CLÉS: Droits fondamentaux. Garanties substantielles et processuelles.