

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO PROCESSUAL E DIREITO CONSTITUCIONAL

THE RELATION BETWEEN PROCEDURE LAW AND CONSTITUTIONAL LAW

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Direito Processual Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 154 p.

*Henrique Camacho**

RESUMO: Marcus Orione Gonçalves Correia, juiz federal e professor universitário, apresenta uma obra meticulosamente pensada para tratar os aspectos processuais incluídos na Constituição Federal de 1988. Estrutura o livro de maneira que os capítulos se inter-relacionem, permitindo ao leitor a facilidade em compreender conceitos e institutos não tão fáceis de serem compreendidos. São analisados princípios e teorias que somados permitem um maior esclarecimento acerca da temática “direito processual constitucional” e dos atuais debates sobre a tutela dos direitos difusos e coletivos.

“Direito processual constitucional” traz uma gama de posicionamentos a respeito de temáticas relevantes nas searas processual e constitucional do universo jurídico brasileiro. O autor é Juiz Federal e professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Escola Paulista de Direito Social. Demonstra vasto conhecimento no campo das ciências humanas e sociais, o que permite desenvolver sua atuação na atividade jurídica que desenvolve.

Partindo de uma análise metódica de diversos institutos do direito processual inscritos na Constituição Federal de 1988, o autor estrutura a obra de maneira que os capítulos são inter-relacionados e se ocupam de manterem linearidade quanto a determinados aspectos *v.g.*, as gerações (dimensões) dos direitos constitucionais; os dispositivos constitucionais que tratam da matéria processual; os princípios processuais constitucionais; conceitos de jurisdição, processo e ação; a relação entre a Constituição e a defesa dos direitos fundamentais, seja sobre o aspecto individual ou coletivo; os *writs* constitucionais e o controle de constitucionalidade; competência constitucional;

* Advogado. Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - UNESP, Franca/SP. Membro do Núcleo de Pesquisa Avançada em Direito Processual Civil e Direito Comparado (NUPAD)

compreensão da norma constitucional e a atuação do Judiciário na implementação dos direitos sociais.

São sete capítulos nos quais o autor busca levantar aspectos polêmicos e ainda não pacificados pela doutrina e jurisprudência.

O primeiro capítulo traz a relação entre direito processual e o texto constitucional. Para entender esta relação, o autor redigiu breve explanação sobre os conceitos de ação, processo e jurisdição. Tais conceitos são fruto de intensa pesquisa nos mais variados autores processuais brasileiros, dentre eles: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra. Importante é a distinção feita pelo autor entre *direito processual constitucional* – reunião de princípios com a finalidade de regular a denominada jurisdição constitucional – e *direito constitucional processual* – conjunto de normas de direito processual que se encontra inscrito na Constituição. É importante destacar que o título deste livro refere-se, portanto a jurisdição constitucional.

As considerações feitas são importantes para perceber o quão importante é o processo, ou seja, um instrumento para efetivação da jurisdição, que é uma das atividades do Estado. Interessante a justificativa para este argumento ao contrapor as ideias de Hans Kelsen e Carl Schmitt: o primeiro entende do Direito como meio para efetivação do Estado desejado e o segundo entendendo o processo de modo subsidiário à Constituição para fazer valer o efetivo Estado almejado por um povo.

Uma breve análise das gerações dos Direitos – ou dimensões – é elaborada, de maneira a deixar claro que não se deve cultivar uma percepção fragmentada destas gerações. Isto influencia a teoria do processo, que deve levar em conta os direitos fundamentais.

No capítulo segundo, o autor faz uma análise dos princípios processuais constitucionais. Começa os debates lembrando que os princípios compõem a base das ciências e que Direito e Moral são institutos distintos, em que o segundo tem grau elevado de subjetivismo, o que nos leva a conclusão de que os princípios não devem ser concebidos através de postulados de natureza moral.

Da mesma forma, os princípios não devem ser vistos como direitos naturais, afinal, muitos deles jamais seriam compreendidos como direitos naturais.

Talvez, a melhor forma de compreender os princípios é levando em conta o que diz o autor sobre serem, os princípios, elementos conformadores de uma unidade político-constitucional: a partir da

comunicação entre princípios é que se constrói todo o sistema constitucional. Desse modo, fica fácil compreender que as regras se submetem a princípios e que os princípios não se submetem a regra do “tudo ou nada”, ou seja, se passar a existir um princípio, outro não deixa de existir por incompatibilidade ou revogação total. No caso das regras, a questão é tratada de maneira diferente, podendo ser incompatíveis ou revogadas.

Os princípios têm como função informar, normatizar, construir, integrar e interpretar. Ao se levar em consideração estas funções, é possível compreender o posicionamento da doutrina e da jurisprudência de que, apenas se um princípio estiver positivado ele deve prevalecer. É uma tentativa de se diminuir certo grau de subjetivismo, garantindo a segurança jurídica.

Entretanto, os princípios processuais podem ou não estar inscritos na Constituição. Aqui, pode ser entendida a instrumentalidade como um desdobramento da razoabilidade, passando a ser uma forma de expressão do Estado Democrático de Direito e de diminuição de desigualdades sociais. Logo, a instrumentalidade está ligada a ideia de efetividade do processo.

O Devido Processo Legal toma forma como princípio e nos transmite ideias complementares, que nos levam inclusive a desenvolver a eficácia de outros princípios, como do juiz natural e imparcial, o acesso à justiça e o contraditório. Estes princípios sustentam ideias interessantes v.g., do magistrado mais ativo para evitar uma desigualdade em nível processual; relação do processo com a efetivação dos direitos fundamentais inscritos na Constituição e fortalecimento da cidadania e, também, do direito a ação, que está constitucionalmente assegurado e intimamente vinculado ao direito processual.

O capítulo terceiro trata da relação entre a Constituição e os direitos coletivos. É importante ressaltar que para as discussões a serem travadas sobre a temática nesta obra, a divisão entre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ocupa posição meramente metodológica. A divisão que mais se faz referência, ressaltando inclusive a evolução na forma de pensar, ocorre entre interesses individuais e interesses coletivos.

Sabe-se que as ações coletivas tem evidente caráter político e os conceitos de ação, jurisdição e processo sofrem influência dessa atual forma de se compreender o direito: através de políticas de bem-estar de grupo. Vale lembrar que uma demanda coletiva não pode prejudicar o

andamento de ações individuais. Caso contrário seria uma ofensa ao direito de ação, constitucionalmente previsto. Discute-se, neste ponto, a possibilidade de uma ação individual aguardar o julgamento de uma ação coletiva para então tentar mensurar os limites da competência do órgão julgador e os efeitos da coisa julgada.

O autor então inicia uma análise das Ações Cíveis Públicas (Lei n. 7.347/85), relatando suas principais características e comentando os principais pontos debatidos pela doutrina e jurisprudência, deixando sempre o seu ponto de vista sobre o tema. Alguns exemplos deste seu posicionamento podem ser relatados: não deve haver possibilidade de inquérito civil ser arquivado com Mandado de Segurança, pois este inquérito tem natureza meramente informativa, não sendo ato abusivo ou ilegal. O inquérito civil possibilita melhor instrução da Ação Cível Pública, pois permite a produção de provas.

A Ação Cível Pública permite que o Ministério Público atue em favor do regime democrático e dos interesses da sociedade, sejam eles plurais ou individuais. Desse modo, importante destacar que as Ações Cíveis Públicas permitem a preservação dos Direitos Humanos. Pode, nesse ponto, ser considerada uma ação afirmativa frente às necessidades sociais para instigar o Judiciário a se posicionar sobre a falta de efetividade dos direitos fundamentais.

Pode se dizer que, a respeito de discussão na doutrina sobre o controle de constitucionalidade nas Ações Cíveis Públicas, a sentença na Ação Cível Pública, por ter efeito *erga omnes*, permite que o controle difuso seja realizado. Essa questão sobre a possibilidade do controle difuso é discutida na doutrina e envolve outras temáticas, como a dos limites da decisão proferida. Contudo, não se pode negar que, inexistindo Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Ação Direta de Inconstitucionalidade, deve ser possível a Ação Cível Pública para discutir o tema e assegurar o acesso à justiça.

No capítulo quarto, o autor elenca aspectos sobre o controle de constitucionalidade. Diversos pontos são elencados *v.g.*, principais semelhanças e diferenças entre controle concentrado e difuso; a eficácia de uma decisão proferida, com efeito, *erga omnes* e *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro-futuro* (o STF é quem delimita o tempo para que a eficácia da decisão seja alcançada). Não podemos nos esquecer de que o controle de constitucionalidade foi disciplinado em leis infraconstitucionais: Lei n. 9.868 de 10 de novembro de 1999 – sobre Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade - e Lei n.

9.882 de 03 de dezembro de 1999 – sobre Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. O autor apenas trabalhou os aspectos da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (neste caso, o autor se posiciona como desnecessidade de disciplina legal para declarar uma norma constitucional, pois se ela esta no ordenamento jurídico, ela é constitucional. O que poderia ser discutido é sua inconstitucionalidade). Nada disse sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o que é de se lamentar, inclusive frente a pontos relevantes debatidos na doutrina, como a eficácia de uma decisão em julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Importante dizer que levar uma questão sobre controle de constitucionalidade ao Judiciário não implica em realização de políticas públicas, mas sim no cumprimento da função do Judiciário que é a de interpretar a Constituição segundo valores que a norteiam e que devem ser assegurados para garantir a própria força normativa da Constituição.

Após esta interpretação, questiona-se a respeito da existência ou não de normas pragmáticas. Deve se deixar claro que para que estas normas existam devemos revesti-las da possibilidade de investir o titular de um direito subjetivo à sua prestação. Nesse ponto, o principal destinatário seria o legislador e o assunto levantaria discussões como sobre o Mandado de Injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e os limites de atuação do Judiciário para que não desrespeitem a divisão de poderes, interferindo negativamente na atuação do Legislativo e do Executivo.

No quinto capítulo o autor discorre a respeito dos *writs* constitucionais, ou seja, dos remédios constitucionais, segundo a doutrina brasileira. Neste capítulo ele irá tratar assuntos relevantes quanto ao Mandado de Segurança (individual e coletivo), Mandado de Injunção, Habeas Data e Habeas Corpus. Independente de qual remédio faça referência, importante saber que existem normas infraconstitucionais sobre eles (Lei n. 12.016 de 07 de agosto de 2009 e Código de Processo Penal), com exceção do Habeas Data e Mandado de Injunção, que se valem destas leis para suprir a falta de legislação específica sobre suas temáticas respectivas.

No sexto capítulo o autor trata da competência constitucional e sua íntima relação com as disposições do direito processual. Complementa o significado de jurisdição, deixando de trata-la apenas como função do Estado e dizendo que se trata de uma função sobre uma

determinada área de influência. O tema demonstra relação com alguns princípios, como o do juiz natural e da imparcialidade.

Por fim, o último capítulo, sobre a temática “cidadania e processo na constituição”, alguns assuntos são abordados e merecem destaque. Envolvem o desenvolvimento de algumas teorias, como a teoria do processo, e de alguns conceitos já anteriormente trabalhados (ação, jurisdição e processo), para enfim demonstrar que o Estado Democrático de Direito depende da efetivação dos direitos fundamentais que fundamentam os direitos e interesse coletivos.

O Poder Judiciário tem poder para decidir porque o cidadão elegeu o constituinte. Este, por sua vez, disciplinou área de competência e a forma de ingresso na carreira do Judiciário. Este é um aspecto a ser encarado junto à temática da democracia participativa, do qual se extrai que o poder institucional, ou seja, a jurisdição deve estar em conformidade com o poder social da ação. Nesta linha de raciocínio depreende-se que os direitos individuais passaram a ser estudados sob um aspecto decorrente de uma “socialização” dos direitos. As liberdades passaram a ser formatadas de acordo com os limites que a sociedade julga ser adequados para a própria coletividade. Basta analisar o conceito de instituição trazido pelo autor, cujos elementos seriam: a) uma ideia de obra a ser realizada em determinado grupo social, b) um poder organizado colocado para assegurar a efetivação desta ideia e c) o posicionamento do grupo acerca daquela ideia a ser implementada *v.g.*, família, Estado, igreja, etc..

Para solidificar estas ideias, basta analisar a estruturação do controle de constitucionalidade e de remédios constitucionais, colocados a serviço da população para que tenham a possibilidade de fazer valer seus direitos, exercendo assim um direito fundamental.

Enquadrar toda esta perspectiva acerca dos direitos fundamentais, que garantem a existência de direitos firmados no interesse da coletividade, vincula-nos ao entendimento de que é na Constituição que se encontra a base da perenidade do Estado Democrático de Direito e do Processo. Desse modo, torna-se necessária a compreensão da norma.

Alguns elementos garantem esta compreensão da norma e vinculam-se a ideia de segurança jurídica *v.g.*, generalidade; abstração; inovação; poder de comando; razoabilidade e proporcionalidade. Compreendendo que cada qual em sua forma de sustentação tem-se que a segurança almejada só existe na medida em que prevaleça a igualdade material entre as pessoas.

O autor não concorda com a ideia de Carl Schmitt, para quem a Constituição é regime político-social de um Estado, nem com a concepção de Hans Kelsen de que Estado e Direito coincidem, ou seja, o fenômeno normativo seria estático. Para ele não se pode dissociar o conteúdo normativo e o conteúdo político da norma. Vale aqui dizer que Kelsen não concordou com a postura de Schmitt, pois para ele deveria prevalecer o pluralismo e não a homogeneidade na compreensão da norma. Dessa forma, há de se destacar que não seria propriamente correto dizer que para Kelsen o fenômeno normativo é estático, pois ele pode ser visto como normativista ou como positivista, levando em consideração sua postura de dividir radicalmente o ser do dever-ser.

Considerando a tridimensionalidade da norma, teríamos uma norma mais dinâmica, que se renova constantemente, por meio de uma interpretação que adequa os valores aos anseios sociais. Deveria, portanto, ser a norma constitucional considerada no campo do dever-ser, onde os valores estruturariam a razão do sistema constitucional e a força coercitiva da constituição disciplinaria as normas infraconstitucionais.

O dever-ser constitucional não pode se condicionar a qualquer elemento político ou econômico para seu exercício. Caso contrário isto implicaria em constituição de algo que não seria uma norma. A inclusão da norma no plano constitucional pode ser analisada pela teoria dos sistemas (abertos ou fechados), com evidente benefício do sistema aberto, em que se incluem outros ramos do conhecimento humano, com a devida cautela para não se perder a segurança jurídica e a dignidade humana, ou seja, os direitos fundamentais. Esta força normativa da Constituição implica na confluência de dois fatores: o da realidade e o da própria norma.

Sobre os direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal de 1988 temos evidente inclusão dos direitos sociais no art. 6º. Estes direitos vêm logo após os direitos individuais disciplinados nos incisos do art. 5º, fazendo referência a preceitos fundamentais dos direitos sociais, como a igualdade, bem como sobre os remédios para proteção destes mesmos direitos, como o Mandado de Segurança Coletivo, a Ação Civil Pública e a Ação Popular.

Os direitos sociais tem elevado grau de volatilidade e relatividade, o que evidencia a íntima relação com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Também possuem qualidade de inovar o ordenamento jurídico. Ainda se discute na doutrina se os direitos sociais seriam normas programáticas, ou seja, disciplinariam a atuação do Poder

Público, disciplinando a atuação do legislador para sua implementação ou ainda necessitariam de regulamentação por parte dos Poderes Executivo e Legislativo no âmbito infraconstitucional. Aqui, uma norma constitucional dependeria de outra norma.

Ao autor é relevante que não existam lacunas e que a máxima efetividade sejam dada as normas que garantem direitos sociais. Toda a norma constitucional deve ser analisada frente uma perspectiva que une a teoria das normas, a teoria tridimensional do Direito e a teoria dos sistemas. Essas normas de direitos sociais devem ser implementadas e o Judiciário deve ser o caminho para que os cidadãos possam lutar pelos seus direitos e garantir uma vida digna. É através da força normativa da Constituição que será possível a concretização da igualdade e da justiça.

Para finalizar a obra, o autor estrutura comentários acerca da Ação Popular, que entende ser a primeira importante estrutura para manifestação cívica dos cidadãos, sendo instrumento de controle de políticas públicas e de efetivação dos direitos fundamentais. Alguns pontos debatidos são facilmente encontrados na doutrina em geral, mas o que o autor pretende é informar o quanto o poder de ação é elemento de estruturação do Estado Democrático de Direito, por possibilitar a existência de uma democracia participativa. Este é o principal objetivo de ter separado a Ação Popular dos outros remédios constitucionais, ressaltando a real força deste instrumento de tutela jurisdicional para o ordenamento jurídico nacional.