

O GARANTISMO PROCESSUAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS LÍQUIDOS E CERTOS

ROSEMIRO PEREIRA LEAL

*Doutor em Direito pela UFMG, Professor
Concursado da UFMG (graduação e pós-
graduação) Professor da PUC/MINAS (graduação e
pós-graduação).*

RESUMO:

A retórica da lesão ou ameaça a direitos fundamentais, ainda não implantados, a ser apreciada pelo judiciário gera paradoxo incontornável, porque são tidos como lesados ou ameaçados direitos inexistentes, aumentando a carga estratégica de normas constitucionais atinentes a direitos constitucionalmente líquidos e certos quando interpretados segundo o princípio hermenêutico da reserva do possível, portanto em descarte explícito ao paradigma do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Palavras Chaves: direito líquido e certo, reserva do possível, direitos fundamentais, devido processo.

RÉSUMEN:

És un paradoxo incontornable la retórica gerada por la lesión o amenaza a los derechos fundamentales aún no implantados y a ser apreciados por el judiciário, una vez que supongase lesionados o amenazados derechos inexistentes, así, aumentase la carga estratégica de normas constitucionales atinentes a derechos constitucionalmente líquidos y ciertos cuando interpretados según el principio hermeneutico de la reserva del possible y portanto en descarte explicito a lo paradigma del Estado Constitucional Democrático de Derecho.

Palavras Llaves: derecho líquido y cierto, reserva del posible, derechos fundamentales, debido proceso.

Sumário: 1- O Processo Instituinte do Melhor Argumento; 2- Liquidez e Certeza na Processualidade Constituinte; 3- A Qualidade Executivo-Constitucional de Direitos; 4- A Autoexecutividade dos Atributos de Certeza e Liquidez; 5- O Plano Cognitivo de Acertamento dos Direitos Fundamentais

1- O Processo Instituinte do Melhor Argumento

A impossibilidade *ad hoc* de se retroagir à procedimentalidade estruturante do devido processo instituinte da formação da vontade e liberdade discursivas para obtenção do melhor argumento (HABERMAS, 1997:215) ao tempo da criação e constitucionalização dos direitos fundamentais é que nos remete inexoravelmente à compreensão de legitimidade *a posteriori* da construção constituinte do Estado Democrático de Direito (LEAL, 2001), porque este é que, por nova concepção teórico-paradigmática, se conceitua como espaço jurídico-hermenêutico de difusa e irrestrita fiscalidade, correição e executividade processuais dos conteúdos constitucionalizados e indeturpáveis da normatividade de aplicação imediata à realização da integração social. Emprega-se aqui a expressão direitos fundamentais no sentido de direitos fundamentados pelo devido processo como discurso do decidir (LEAL, 2002) juridicamente adotado na criação e aplicação de direitos e não como idéia-vontade (*noema*) (LALANDE, 1996: 1282) adquirida no saber instantâneo (*noese*) de uma racionalidade inatamente pressuposta. Por isso, a compreensão da democracia envolve o conhecimento da teoria do processo.

Nessa quadra jurídica, em que o direito democrático se enuncia por uma autopermissão de fiscalidade processual como traço diferenciador de um direito liberal de aplicação heterônoma (produtor-consumidor) ou ofertado a uma razão eficaz (instrumental ou estratégica) do pragmatismo social extra-sistêmico de uma jurisprudência de valores, acolhe-se, como matéria inafastável de apreciação judicial, lesão ou ameaça a direitos fundamentais. Entretanto, é de se esclarecer que, para que haja lesão ou ameaça, o pressuposto é o da pré-existência de *direitos fundamentais* já acertados por uma liquidez e certeza processualmente decididos nas bases constituintes a legitimarem executividade incondicionada.

Estranha-se, portanto, que direitos já acertados por uma liquidez e certeza processualmente pré-decidas em bases procedimentais constituintes sejam ainda submetidos a uma judicância pleonástica e garantista (ações afirmativas) centrada na razão estratégica decisória de um combate entre litigantes. A recusa judicial da concreção dos direitos fundamentais pelo artifício do acesso a uma justiça rápida, por justas e prodigiosas tutelas judiciais (atividades dos juízes) de urgência resolutive de conflitos resultantes do vazio da fundamentalidade jurídica esquecida, traz embaraços à compreensão do que seja lesão ou ameaça a direitos fundamentais não implementados de vida, liberdade e dignidade na teoria do direito democrático.

Também, à compreensão da teoria democrática do direito, em nada adiantaria sustentar um garantismo por um Estado Constitucional de Direito, como quer Ferrajoli (1997: 89-109), que resolvesse antinomias e lacunas fatais do ordenamento jurídico por um juiz monológico e portador de uma interpretação portentosa e reparadora de “injustiças sofridas” (1997: 111) em face de alegados defeitos inatos da lei ou extintiva de uma opinião pública hostil ao discurso democrático-constitucional só acessível a um intérprete especialíssimo e julgador neutro e independente que

exercesse a “função de averiguação, segundo as garantias de um processo justo, da verdade processual” (1997: 102). Nenhuma garantia, na concepção democrática, é assegurada na significância pragmático-linguística do decisor solitário e asséptico.

2- Liquidez e Certeza na Processualidade Constituinte

O inconformismo acadêmico que leva ao desprezo a democracia por entendê-la inatingível em suas propostas de realização dos direitos fundamentais decorre, nas sociedades complexas que marcam a modernidade, da resistência pedagógica inibidora do salto qualitativo para a filosofia da linguagem. É óbvio que enquanto perdurar, por uma jurisprudência de eruditos, a filiação proselitista a uma dogmática solitária e taumaturga de salvação do direito pelo decisor, é mesmo impensável esperar de um intérprete-julgador, ainda não convencido do esgotamento do paradigma da filosofia da consciência, a teorização de um espaço processualizado de autoinclusão, legitimado a todos, ao exercício de direitos líquidos e certos já acertados no plano constituinte originário.

Suplica-se, por isso, distinguir, em direito democrático, o que sejam normas de aplicação imediata, porque produzidas no plano da processualidade constituinte e entregues a uma fiscalidade processual ampla (controle irrestrito de constitucionalidade) e asseguradora dos direitos instituídos, daquelas que, mesmo tendo origem e critérios idênticos de produção, reclamam accertamentos cognitivos no plano *in – fieri* (operacional) da exigibilidade do ordenamento jurídico.

Se as normas de aplicação imediata, no âmbito da teoria constituinte da democracia, institucionalizam direitos fundamentais, há de se indagar dos critérios de construção de fundamentos que possam conceituar um direito caracterizador da democracia para que não se fale em “direitos humanos” (HÖFFE, 1991) como se fundamentais se anunciassem numa concepção pré-estatal performativa à busca de origens numa ordem natural ou racional pressuposta e estranha ao *medium* dialógico de procedimentalidade processual legitimante de sua criação e constitucionalização.

A expressão Estado Democrático é que, no contexto das cogitações feitas, não pode mais significar instituição inesclarecida e agente fantasmal de direitos legislados ou adotados numa ordem jurídica qualquer, sequer pode esse Estado se jactar como recinto axiológico de uma decidibilidade governativa, administrativa e judiciária, comprometida com uma pauta de valores não juridificados e não processualmente dada à fiscalidade irrestrita. No direito democrático, o que primeiro se impõe é a despersonalização do Estado (*disregard doctrine*) para tornar visíveis as individualidades componentes da Administração Governativa em todos os segmentos da Comunidade Jurídica cuja proposta constitucional é sua transformação em Sociedade Jurídico-Política Democrática de Direito pela possibilidade cognitiva de todos no espaço processual (Estado Democrático) de produção, recriação, afirmação ou destruição da lei.

A liquidez dos direitos fundamentais, no plano constituinte-democrático, expurga um *non-liquet* (LARENZ, 1997: 414) (anomia) que pudesse exigir uma decisão declaratória-constitutiva acessória, porque a formação da vontade instituinte desses direitos constitucionalizados, em tendo sido demarcada pelos princípios da isonomia, contraditório e ampla defesa, se habilita à criação de fundamentos (autoprivação de liberdades diferenciadas) pelos quais, por liberdades simétricas processualmente exercidas de modo ilocucionário (igualdade de momentos de fala), é constituído o direito a essa liberdade igual que, a seu turno, se radica na corporalização teórica de igual direito à vida com liberdade, afastando a individualidade biológica para cuja sobrevivência não se exigiria um mundo político-normativo e feitor de dignidade advinda de liberdade processual de autoinclusão sistêmica e de fruição com simultânea fiscalidade dos direitos fundamentais.

3- A Qualidade Executivo-Constitucional de Direitos

Os direitos postos por uma vontade processualmente demarcada, ao se enunciarem constitucionalmente fundamentais, pertencem a um bloco de direitos líquidos (autoexecutivos) e certos (infungíveis) de cumprimento insuscetível de novas reconfigurações provimentais e, por conseguinte, só passíveis de lesões ou ameaças após efetivamente concretizados *ex-officio* pela Administração Governativa ou por via das ações constitucionais (devido processo legal) a serem manejados por todos indistintamente ao exercício da auto-inclusão auferidora dos direitos fundamentais criados e garantidos no nível constituinte da normatividade indeclinável.

Assim, a constitucionalidade democraticamente cartularizada equivale a um título executivo extrajudicial que, em seus conteúdos de liquidez e certeza, se lança à imediata satisfação como devido *a priori* pela Administração Governativa, porque, se não adredemente executados os direitos titularizados pela constitucionalização, não há falar em lesão ou ameaça a direitos fundamentais do nada que pedisse reparos ou socorro por tutelas de urgência de um judiciário mesmo que prestimoso e sutil.

O anúncio de direitos fundamentais e intocáveis pela decisão constituinte torna imperativa sua existência institucional, uma vez que a liquidez e certeza desses direitos reclamam execução ininterrupta de mérito pressuposto já pré-julgado (decidido) no horizonte instituinte do legislador originário da constitucionalidade vigente. É óbvio que qualquer instituto procedimental à garantia desses direitos, em hipótese de lesão ou ameaça, seria inócuo e fantasioso se não antes adimplidos, para todos igualmente, como requisito de tutela jurídica, em grau liminar antecipado ou não, de conhecimento e acolhimento do objeto mediato do pedido mandamental.

É por isso que o mandado de segurança (liquidez e certeza) só é instituto de características democráticas quando, especialmente, se põe como ação (procedimento) constitucional de execução dos direitos fundamentais de vida, liberdade e dignidade, ante a ilegalidade da inadimplência dos

agentes da Administração Governativa e não de proteção a direitos individuais, em face de outrem, sem origens nas bases já implementadas dos direitos fundamentais.

Afiguram-se de importância significativa a liquidez e certeza dos direitos fundamentais da vida, liberdade e dignidade, na linha constituinte de sua construção, porque a lei constitucional, nesse passo, é provimento de mérito não rescindível ou afastável por juízos cognitivos ou de conveniência ou equidade da decidibilidade judicial, cabendo a esta tão-somente cumprir e conduzir a execução dessa fundamentalidade jurídica titularizada ou protegê-la de ilegalidades supervenientes. Com efeito, a qualidade de liquidez e certeza, ao se liberar de conotações comercialistas, é asseguradora de presentificação contínua, em âmbito constitucional, de procedibilidade vinculante de mérito pré-decidido no nível constituinte pelos direitos fundantes (devido processo instituinte) da base conceptiva da democracia.

O comprometimento sintático-discursivo dos conceitos jurídicos de certeza e liquidez com os direitos fundamentais é que legitima o atendimento tutelar *in limine litis* no direito democrático quando se destina à sumarização da *executio* em face da inadimplência dos agentes diretos e indiretos da Administração Governativa (ainda mitificada em vestes de poder público) quanto a direitos já integralmente acertados, por coisa julgada constituinte, em título executivo constitucional (provimento legislativo constitutivo) que impõe certeza plena (direito não cambiável) pelo seu aspecto *an-debeatur* e liquidez absoluta pela vedação de inexecuibilidade do dispositivo provimental do título jurídico-político-constitucional.

4- A Autoexecutividade dos Atributos de Certeza e Liquidez

A decisão judicial determinante (mandamental) ou protetora desses direitos é autoexecutiva de certeza e liquidez advindas do título constituído pelo legislador constituinte. A menção de direitos líquidos e certos, ensejadores de tutelas de urgência na democracia, não é reconhecida, como preconiza Nelson Nery Júnior (2001: 144), em nome de “*interesse superior de justiça*” ou da eficácia da “*atividade jurisdicional*”, mas porque já pré-decididos no plano constituinte como direitos fundamentais que, uma vez pleiteados em bases pré-cógnitas e inequívocas da estrutura de admissibilidade das ações constitucionais, exigem execução judicial nos Estados Democráticos de Direito.

Mostra-se inquietante o volume de litígios que tanto assusta um Judiciário hostil à tematização da modernidade. O crescimento incontido dos fossos de desigualdade social e a fúria beligerante pela sobrevivência explicam-se pelo reforço hermenêutico que o aplicador da lei empresta à realidade contraposta aos conteúdos dos direitos fundamentais desatendidos no plano executivo da constitucionalidade vigorante. Utiliza-se o processo como instrumento mórbido de uma jurisdição judicial de resolução de conflitos emersos da constitucionalidade não cumprida a serviço de uma paz sistêmica meta-jurídica sentencialmente provimentada em critérios

jurisprudenciados por valores de uma eticidade estranha (DWORKIN, 1999) aos destinatários normativos a quem se nega o acesso processual à execução dos direitos fundamentais já acertados em cognição constituinte.

A mobilidade instrumental de um processo (CITTADINO, 2000: 129-139), que ponha a jurisdição a serviço de uma paz social obtida pelo “prudente arbítrio” (LARENZ, 1997: 311) do juiz, além de espancar a cognição pela *ratio* do princípio da reserva legal, desmonta o discurso constitucional em seu eixo de legitimidade exercível no *status* (espaço) democrático (discursivo) da processualidade (direito) pela atividade correicional da legalidade. A concreção dos direitos fundamentais de vida, liberdade, dignidade, não se faz *secundum conscientiam* do julgador sensível ou filantropo, porque já se encontra assegurada na processualidade instituinte e constituinte a impor realização que dispensa procedimentos liquidatórios por cálculos de conveniência ou equidade a serem formulados ou exigidos pelo aplicador jurídico.

Os que defendem, por apego nostálgico a um constitucionalismo do *laissez-faire* ou do *welfare state*, a proibição do *non liquet* a justificar uma compulsoriedade decisória irreversível, mesmo na ausência de normas, aferem liquidez e certeza pela afirmação de incontestabilidade do direito (*jurisdiction de référé*) (BARBI, 2000: 83) sem apontar, no entanto, a origem dessa arraigada convicção e, nessa conjectura, certeza e liquidez do direito não se legitimam pela decisão ocorrida na dimensão do processo constituinte instituidor da normatividade positivada e suscetível de fiscalidade procedimental pelo devido processo legal, mas se louvam na razão imediata de um guia seguro por idéias de inequivocidade cogitada em níveis de privilegiada evidência (MARINONI, 1992: 26 e 58).

5- O Plano Cognitivo de Acertamento dos Direitos Fundamentais

Já se vê que o juízo de cognição, na democracia, não deriva de fatos alegados suscetíveis de ajustamento subjetivista a escopos sociais e metajurídicos da idealidade judiciarista (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1991), porque, quanto a direitos fundamentais de vida, liberdade e dignidade, a base de validade desses direitos se instala no processo constituinte e sua legitimidade pela autopermissão normativa de sua fiscalidade processual (*medium lingüístico*) na constitucionalidade vigente para execução desses direitos, ainda que seja na contrafactualidade de uma realidade sustentada pela razão estratégica. Assim, o garantismo em sede constitucional democrática não se configura *per se* em face de indicação literal de direitos humanos na Constituição ou em função de uma judicacionalidade centrada na filosofia da consciência de guardiães ou depositários infiscalizáveis detentores de uma fundamentação última e irreversível, mas no exercício processual aberto a todos de auto-inclusão executiva pelo devido processo constitucional nos direitos fundamentais pré-garantidos, já integralmente resolvidos e acertados no plano da procedimentalidade constituinte.

O entrave a esse entendimento resulta da confusão paradigmática distorsiva dos rumos hermenêuticos do direito democrático, quando se utiliza dos contornos ideológicos do Estado Liberal a balizarem decisões calcadas numa visão atomística da Sociedade Política por uma esfera pública (Estado) atada ao privatismo jurídico (direitos subjetivos *ante-legem*) em que, erroneamente em nome da organização de um regime democrático, o juiz se lança na rede de valores do Estado Social e decide segundo tecnicismos metodológicos do estado Burguês por assembléia de especialistas ancorados no saber iluminista do séc. XVIII e no individualismo civilista do séc. XIX.

Não se conseguiu ainda, por apego às grades pedagógicas já envelhecidas do ensino jurídico, sair das amarras hermenêuticas do milênio passado em que a interpretação malabarística, com base em metodologias construtoras de uma jurisprudência de valores e de conceitos (MAXIMILIANO, 1995), impede a transição da Comunidade para a Sociedade Política pelo *status* democrático. Tem-se ainda a esdrúxula situação de se constitucionalizar o *status* (especialidade de processualização) do direito e, no entanto, a correção de eficiência ou confirmação do ordenamento jurídico (fiscalização da constitucionalidade) ser desenvolvida por instâncias corporativas ante uma jurisdição de juízes guardiães e depositários infiscalizáveis (CLÈVER, 2001) e não pelo legislador político direto (individual ou coletivo) como legitimado universal a produzir, atuar e recriar o direito por via abstrata (concentrada) ou concreta (difusa, incidental) em ações (procedimentos) constitucionais, ordinários, codificados ou não.

No paradigma democrático, a atividade dúctil de uma judicção (jurisdição) a serviço de uma paz social por uma hermenêutica do “prudente arbítrio” do juiz, num mistifório conciliador da lógica de SAVIGNY e da fenomenologia intuitiva (salvadora da anomia) de HUSSERL, é negativa da razão procedimental à medida que entende o processo como seqüência de atos dirigidos por uma *cognitio* solipsista do julgador. A liquidez e certeza, de um direito, na democracia, não decorrem de presunção de inexplicada incontestabilidade absoluta, mas da institucionalização dos atributos de executividade da cártula constitucional que, quanto a direitos fundamentais, se além à legitimidade provimental da tutela já antecipada e irreversível em sede de coisa julgada constituinte.

Nessa linha de cogitação, o argumento de certeza e liquidez do direito ao pleito das tutelas de urgência a direitos fundamentais contra a Administração Governativa há de se articular por matéria de ação e de *meritum* já na esfera de acatamento dos pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade estruturantes do procedimento, porque só é jurídico o atendimento tutelar *in limine litis* no direito democrático, sem prévia instalação do contraditório, quando equivale a execuções antecipadas de direitos fundamentais já acertados no título constitucional.

A não se admitir liquidez-certeza como atributo de enunciação dos direitos fundamentais na constitucionalidade democrática, a hermenêutica de sua compreensão, atuação e aplicação, fica à mercê do arbítrio de uma *phronesis* decisória comprometida com uma *práxis* social jamais erradicável, porque a “fruição in-natura do direito afirmado” (BUENO, 1999: 379) acertada na cognição constituinte receberia *a posteriori* a obstrução ou filtragem por uma judicialidade estocada em juízos de verossimilhança, inequivocidade, relevância e transcendência, valorativos e condicionantes de sua aplicação imediata assentados em pretextos ou convicções (*topoi*) de ineficiência ou precariedade pressupostamente inerente ao Estado tradicionalmente vivido.

Com efeito, a rigor, no plano instituinte (processual-discursivo) da formação da vontade democrática, a liquidez (vedação de inexecutabilidade) e certeza (infungibilidade) conferidas ao devido processo na discursividade constituinte como *médium* (direito fundante) da possibilidade fiscalizatória do sistema constitucional, por uma procedimentalidade juridicamente isonômica e incessante a ser exercida pelos destinatários normativos, é que fariam coercitivos e legitimariam, numa Comunidade Jurídica, os direitos processualmente fundamentados de vida, liberdade e dignidade para a Sociedade Político-Democrática constitucionalmente pretendida.

BIBLIOGRAFIA

BARBI, Celso Agrícola – *Do Mandado de Segurança*, 10ª ed., Editora Forense, RJ, 2000.

BUENO, Cássio Scarpinella – *Liminar em mandado de segurança*, 2ª ed., Editora Rev. dos Tribunais, 1999.

CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO – *Teoria Geral do Processo*, 8ª ed., RT, SP, 1991

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, 2ª ed., Lúmen Júris, RJ, 2000.

CLÈVER, Clèmerson Merlin – *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, SP, 2001.

DWORKIN, Ronald – *Império do Direito*, Martins Fontes, SP, 1999.

FERRAJOLI, Luigi – O Direito como sistema de garantias. *In O Novo em Direito e Política* (José Alcebíades de Oliveira Júnior – Coordenador) – Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.

HABERMAS, Jürgen – *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler, Editora Tempo Brasileiro, RJ, 1997, vol.II.

HÖFFE, Otfried – *Justiça política: Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. Trad. Ernildo Stein, Petrópolis: Vozes, 1991.

JÚNIOR, Nelson Nery – *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, SP, 2001.

LARENZ, Karl – *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

LALANDE, André – *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*, Martins Fontes, SP, 1996.

LEAL, Rosemiro Pereira – *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, Editora Landy, SP, 2002.

_____. Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado Democrático de Direito. *Revista do Curso de Direito da FUMEC*, vol. 27, Coleção Acadêmica de Direito. Porto Alegre: Síntese, 2001

MARINONI, Luiz Guilherme – *Tutela cautelar e Tutela antecipada*, RT, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos – *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.