

XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

JANAÍNA MACHADO STURZA

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

FABRÍCIO VEIGA COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Ednilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Fabrício Veiga Costa; Janaína Machado Sturza; Maria Creusa De Araújo Borges. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-809-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XXX

Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

No quadro do XXX Congresso Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), realizado entre os dias 15 e 17 de novembro de 2023 na cidade de Fortaleza/CE, teve lugar um profícuo debate no campo da pesquisa dos Direitos e Garantias Fundamentais com a apresentação de trabalhos de professores, doutorandos e mestrandos. Destaca-se o avanço da pesquisa nesse campo com a inserção de temas que resultam dos impactos das configurações da sociedade digital contemporânea, os quais demandam inovação e o exame crítico das consequências da utilização da inteligência artificial. Essas novas configurações impactam na seara dos direitos fundamentais, exigindo uma produção da pesquisa, de modo crítico, desenvolvida na pós-graduação e demandam o posicionamento na seara dos Direitos Fundamentais, como os temas das BIG TECHS, da proteção de dados, da defesa da democracia e da liberdade de expressão. Enfatiza-se, também, as articulações interdisciplinares entre campos do saber, como o Direito Constitucional, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que tiveram lugar nas abordagens utilizadas nos textos, destacando as articulações multiníveis nessa seara. Nessa perspectiva, se inserem os textos aqui apresentados, os quais expressam essa inovação e as articulações interdisciplinares. É indiscutível a qualidade dos artigos apresentados que resultam de pesquisas realizadas no campo da pós-graduação em Direito no Brasil. Os textos aqui apresentados expressam essas articulações e a significativa contribuição para a Ciência Jurídica.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, PROCESSO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

DEMOCRATIC STATE OF LAW, CONSTITUTIONAL PROCESS AND FUNDAMENTAL RIGHTS

**Fabiola Sayonara Araújo Baeta Neves
Lailson Braga Baeta Neves
Antônio Carlos Diniz Murta**

Resumo

Trata-se de artigo destinado a analisar o direito à jurisdição como garantia constitucional no Estado Democrático de Direito sob a ótica do devido processo constitucional, especialmente ao que refere às garantias constitucionais que estão asseguradas na Constituição da República Federativa do Brasil. É importante demonstrar que ao proporcionar ao cidadão essa importantíssima garantia que é capaz de protegê-lo contra quaisquer arbitrariedades do Estado e de outros indivíduos, sendo mencionada garantia recepcionada pela Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso LIV, no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, está a garantia ao devido processo legal. O Estado representa a sociedade politicamente organizada pelo direito, observa-se que o Estado assume o poder para, em nome do povo, legislar, administrar, exercer a função jurisdicional. Desse modo, para a abrangência discursiva, lançou mão da pesquisa bibliográfica, que auxiliará nas explanações acerca dos conceitos abordados e vinculando a questão da evolução do, como elemento integrante da cinética atinente ao Estado Democrático de Direito como garantidor do Processo constitucional. Ademais, utilizou-se o método dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica, bem como o método indutivo.

Palavras-chave: Direito processual civil, Processo constitucional, Direitos fundamentais, Constituição da república federativa do brasil, Lei fundamental

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the right to jurisdiction as a constitutional guarantee in the Democratic State of Law from the perspective of constitutional due process, especially with regard to the constitutional guarantees that are guaranteed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. It is important to demonstrate that by providing citizens with this very important guarantee that is capable of protecting them against any arbitrariness by the State and other individuals, mentioning a guarantee received by the 1988 Constitution, in article 5, item LIV, in the chapter on rights and individual guarantees, is the guarantee of due process of law. The State represents the society politically organized by law, it is observed that the State assumes the power to, on behalf of the people, legislate, administer, exercise the jurisdictional function. In this way, for the discursive scope, it made use of bibliographic research, which will help in the explanations about the concepts addressed and linking the

issue of the evolution of, as an integral element of the kinetics related to the Democratic State of Law as guarantor of the constitutional process. Furthermore, the deductive method was used through bibliographic research, as well as the inductive method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Constitution of the federative republic of brazil, Civil procedural law, Fundamental law, Constitutional process

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se pela soberania popular, por uma Constituição elaborada em conformidade com a vontade popular, por eleições livres e periódicas, por um sistema de garantias dos direitos humanos, e pela divisão de funções, sendo elas independentes, harmônicas entre si e fiscalizadas mutuamente, a saber: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Como aponta professor em direito constitucional Ronaldo Bretas: O Estado Democrático de Direito, assim como o Processo Constitucional estão intimamente ligados, e considerando que o Estado contemporâneo se organiza e se rege por meio de uma constituição, sendo esta, uma verdade, posto que suas regras e princípios são estruturados de forma a utilizar o poder exercido sobre as pessoas do povo, de modo que o mencionado poder é uno e não comporta divisão ou divisões de quaisquer espécies.

Ocorre que, deve-se observar que mesmo com essa estrutura jurídica, é possível ao Estado a criação de órgãos autônomos para o desempenho de suas funções jurídicas consideradas fundamentais ou essências.

Para que não seja mencionado poder exercido de forma abusiva e desregrada, estabelece-se um sistema político de garantia dos direitos, liberdade e garantias fundamentais das pessoas pelo poder estatal.

Frisa-se que esses órgãos estatais não são soberanos, uma vez que é o Estado, de forma indivisível, que detém a soberania em nome do povo, sendo esse que lhe outorga o poder de criação e aplicação das normas que edita.

Segundo a doutrina de Jorge Miranda, o povo deve ser considerado o substrato humano, sendo que na dinâmica estatal, forma a sua comunidade política. O Estado é resultante da obra de uma coletividade, assim o poder político, nos sistemas democráticos, é sempre exercido direita ou indiretamente, em nome do povo.

A constituição de um estado impõe normas para o exercício do poder, para Joaquim Carlos Salgado, deve haver harmonização e organização para no exercício do poder, de modo que o Estado garanta a liberdade das pessoas do povo. Essa organização somente é possível, por normas; a ordenação, por órgãos.

Pretende-se demonstrar nesse trabalho que o constitucionalismo contemporâneo preocupa-se, cada vez mais, com as garantias dos direitos fundamentais, procurando efetivá-las pelo crescimento de novos instrumentos do Processo Constitucional.

O trabalho será dividido em seis capítulos sendo a introdução, quatro tópicos e a conclusão. Dentre os tópicos do desenvolvimento, será demonstrado que o Estado pode e deve intervir, por meio de seus órgãos e poderes constituintes, para assegurar a efetividade de aplicação de tais valores ou mesmo para impedir ou fazer cessar a sua violação, quer seja por meio de medidas planejadoras, direcionadoras, legislativas ou mesmo jurisdicionais, sem que se possa falar em violação da autonomia privada em relação ao acesso a jurisdição como direito fundamental

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado com o passar dos anos está sempre evoluindo e, até mesmo regredindo, nunca está parado até chegar ao Estado a que se encontramos agora, que certamente não ficará parado e continuará a sua estruturação com o passar dos tempos, (Miranda, 1997).

Partindo da ideia da evolução do Estado segundo Miranda, passaremos a abordar o Estado Moderno e a sua evolução até chegarmos ao Estado Democrático de Direito.

Deste modo, pode se entender que os princípios são os reguladores da justiça dentro do Estado Democrático de Direito, assim sendo qualquer norma que venha contra eles deverá ser considerada inaplicável, pois senão estaria esta, abalando os pilares que regem este Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, passaremos a abordar a caracterização e os conceitos do Estado Democrático de Direito, partindo da Constituição Federal de 1988, relacionando-a com os princípios da democracia.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 1º que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos

à soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais e da livre iniciativa”.

Conforme Streck e Morais, (2006, p. 104), “[...] a Constituição de 1998, parte do pressuposto de que o Brasil não passou pela etapa do Estado Social”, uma vez que o Estado Democrático de Direito começa a apresentar as condições de possibilidade para a transformação da realidade, sendo considerado inovador e não meramente uma continuidade dos outros estágios do Estado de direito, ideia transcrita a seguir:

[...] a constituição do Brasil, que determina, no art. 3º27, a construção do Estado Social, cujo papel cunhado pela tradição do constitucionalismo contemporâneo, “é o de promover a integração da sociedade nacional ou seja, “ el proceso constantemente renovado de conversión de una pluralidad em uma unidad sin perjuicio de la capacidad de autodeterminación de las partes” (Manuel García-Pelayo). Integração esta quer, no caso brasileiro, deve dar tanto no nível social quanto no econômico, com a transformação das estruturas econômicas e sociais. Conforme podemos depreender de seus princípios fundamentais, que consagram fins sociais e econômicos em fins jurídicos, a Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade brasileira, (Streck e Morais, 2006, p. 104)

Assim, pode se ver que o Estado Democrático de Direito é o Estado que veio com a Constituição Federal de 1988, para tentar tornar a sociedade brasileira, o mais possível organizada, subordinando os cidadãos a esta Constituição e, fazendo desta um meio para tentar alcançar a igualdade e, a organização dentro da sociedade. Este Estado Democrático de Direito é caracterizado pela democracia, onde o cidadão é o legítimo titular do poder

2.1 AS FUNÇÕES JURÍDICAS DO ESTADO

Segundo doutrina secular, três são as funções jurídicas essências ou fundamentais do Estado, sendo eles, a legislativa, a governamental ou administrativa e a jurisdicional todas exercidas por órgãos que são criados pela constituição nos limites das normas que compõem a ordem jurídica instituída.

São as seguintes funções jurídicas essências e fundamentais do Estado:

- Função Legislativa – Consistente na edição de normas;
- Função governamental, administrativa ou executiva que comprehende todas as manifestações concretas de diversas atividades desenvolvidas pelo Estado;
- Função jurisdicional que permite ao Estado quando provocado pronunciar o direito.

Assim sendo, o Estado representa a sociedade politicamente organizada pelo direito, observa-se que o Estado assume o poder para, em nome do povo, legislar, administrar, exercer a função jurisdicional. O poder para ser legitimamente constituído deve ser exercido nos limites da lei, devendo essa legitimidade ser democrática, pois mencionados órgão estão assentados na sujeição às leis emanadas pela vontade popular.

É oportuna a advertência de Friedrich Muller, ao nos lembrar que o juiz (órgão jurisdicional) não pode “*brincar de pretor romano*”, uma vez que o executivo e o judiciário além de estarem instituídos e controlados conforme o Estado de Direito, estão também comprometidos com a democracia.

O povo tem legitimidade para fiscalizar e participar do controle democrático, caso uma norma esteja em colisão com direitos e garantias fundamentais, pode-se provocar a jurisdição, visando questionar em concreto sua constitucionalidade.

Para autores como Chiovenda, a função administrativa seria uma atividade primária ou originária do Estado, ao passo que a função jurisdicional seria uma atividade secundária ou coordenada, Já Cornelutti enfoca a distinção entre função legislativa e função constitucional, sendo que a função legislativa seria uma produção do direito *sub specie* normativa ou seja, produção de normas jurídicas ou produção de preceitos em série.

Para Cornelutti as partes influenciam a criação da decisão judicial, já no processo legislativo as partes possuem uma função passiva.

Em síntese, Calmon de Passos faz uma distinção entre a produção do direito do processo legislativo e do processo jurisdicional, posto que no primeiro caso, determina-se um universo de dever a ser formalizado em termos genéricos e no segundo caso, se faz tendo em vista em casos concretos.

O pensamento de Liebman é próximo ao de Carnelelitti que entender ser a legislação a produção de normas, que comporão o ordenamento jurídico, mas com conteúdo abstrato e geral, enquanto a jurisdição expressa através de conteúdo concreto, referindo-se a determinado fato ou caso que será julgado em face da aplicação das regras do direito

vigente. A jurisdição portanto, é a continuação e especificação da legislação, a norma jurídica que é seu produto que se torna critério de julgamento para a jurisdição.

Para Carré de Malberg dizer que a função jurisdicional consiste em pronunciar o direito reconhecendo o direito vigente e não cria-lo, pois para ele, direito é o conjunto de regras formuladas pelas leis ou em virtude das leis, que constituem seu ordenamento jurídico.

O princípio em direito penal de que nula a pena, sem lei anterior que estabeleça é um controle indispensável ao exercício da função jurisdicional da pena conforme a ideia de que a jurisdição constituiria somente na resolução de conflitos que surgem entre as pessoas ou entre elas e o Estado.

Feitas mencionadas considerações, podemos chegar à seguinte conclusão: o Estado se organiza e se rege por uma Constituição que dentro de uma estrutura jurídica lhe possibilita criar órgãos. Como o Estado é soberano, seu poder é uno, por consequência não se pode dividi-lo ou fracioná-lo, diante disso, a concepção, de três poderes, sendo eles Poder executivo, Poder legislativo e Poder judiciário é uma atecnia, tendo em vista que, o que deve ser repartido ou separado é a atividade e não poder estatal.

3 O PROCESSO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITO E AS GARANTIAS CONSTITUICIONAIS

O Processo Constitucional visa a tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista. Francisco Fernandez Segado, ao tratar dos princípios constitucionais processuais, refere-se aos seguintes:

- a) princípio da publicidade;
- b) princípio da oralidade;
- c) princípio da motivação da sentença;
- d) princípio da gratuidade da Justiça.

As Constituições normalmente estabelecem os princípios básicos, inerentes ao Processo Constitucional.

O Processo Constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jurisdição, ação e processo) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais.

A legitimação processual visa a atender a qualificação do demandante, na tutela e defesa de seus interesses, com a observância de certas características preliminares para seu exercício. Os pressupostos processuais, no que se refere à legitimação processual, visam ordenar as situações jurídicas subjetivas, que orientam as tutelas diferenciadas ou singulares.

Em todos esses momentos surgem os questionamentos entre a relação e o direito subjetivo. Desses pressupostos surge a situação jurídica, da qual decorrem relações, deveres, faculdades, obrigações e outras condições para efetivação desses direitos.

O direito de pedir pressupõe a legitimação processual. Chiovenda, no que se refere à relação jurídica, ao explicar as vinculações emergentes do processo, destaca três interesses primordiais (*Judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*).

O Processo Constitucional demonstra condições processuais específicas, que decorrem da legitimação e do conceito de parte, sendo que a sua instalação depende da ocorrência dos pressupostos processuais, para a correta integração da ação, da legitimação e do processo.

As garantias e os processos constitucionais corporificam as garantias individuais e as garantias constitucionais.

Encontramos no inglês a palavra warrant, que quer dizer assegurar, proteger, salvaguardar (to warrant). Kelsen, Carl Schmitt, Jellinek preocuparam-se com as garantias, como procedimentos para assegurar o império da Constituição, frente às normas jurídicas secundárias.

Nas Constituições modernas, os princípios de reserva definem-se como aqueles em que os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico.

A defesa constitucional implica o conceito genérico de proteção das disposições fundamentais, como preocupações garantísticas, preventivas e preservativas. A ação processual é uma garantia básica, em qualquer de suas modalidades, como ocorre com o Processo Constitucional.

Garante-se não somente o direito de peticionar e de ser ouvido, mas o direito ao processo. O devido processo ou o processo justo, o direito de defesa e a assistência legal, o processo como manifestação de igualdade e equilíbrio, são aspectos essenciais do desenvolvimento desse tema.

O Processo Constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas. Jesús González Pérez, em minucioso estudo, examina todas as perspectivas do Processo Constitucional, dando relevo à natureza do procedimento, dizendo que é ele uma noção formal que se refere ao aspecto dinâmico, de um fenômeno que se concretiza, em uma sucessão de momentos e atos, que se realizam em uma pauta para resolver e alcançar resultados práticos.

O Processo Constitucional aponta diversos instrumentos de proteção, sendo que são relacionados, dentre outros, alguns de uso mais comum: habeas corpus, mandado de segurança, “writ of injunction”, habeas data, ação ou recurso de inconstitucionalidade, ação direta de declaração de inconstitucionalidade, amparo, “writ of error”, “writ of certiorari”, “writ of prohibition”, “quo warranto”, etc.

As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do Processo Constitucional. As garantias individuais e as sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade dos direitos.

A necessidade efetiva de dar suporte às garantias leva às indagações sobre sua codificação. O procedimento constitucional demanda certos pressupostos essenciais: o direito à celeridade dos processos, a razoável duração dos pleitos; obrigações emergentes

do princípio de celeridade; formas de controle constitucional (preventivo, repressivo direto, repressivo indireto e ocasional); recurso de inconstitucionalidade; ação de inconstitucionalidade; exceção de inconstitucionalidade e incidente de inconstitucionalidade

4 JURISDIÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Obra Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito do professor Doutor, Ronaldo Brêtas, em seu capítulo 2, item 1, Jurisdição Como Direito Fundamental, considera a doutrina, consensualmente, entende que os direitos humanos são aqueles inerentes à vida, liberdade, dignidade, segurança, ou a própria condição humana, sob a perspectiva espiritual, corpórea e social, são chamados os direitos humanos ou do homem.

A pesquisa aponta a França como o berço dos direitos fundamentais, (1770), quando a Declaração dos Direitos do Homem, (1789), que recebeu consagração normativa expressa na Alemanha quando da Constituição de Weimar (1919) e da Lei Fundamental de Bourn (1949).

Direitos Fundamentais são os direitos humanos, constitucionalmente positivados e tem espeque na Constituição.

A doutrina Alemã se divide em dois grupos:

- 1) Normas de Direito fundamental direto e expressos na Constituição.
- 2) Normas de direito fundamental e a eles adstritos.

Segundo Eduardo Cambi, a derrota dos regimes totalitários sempre provocou a afirmação vigorosa dos direitos e garantias fundamentais.

Direitos Humanos e Direitos Fundamentais:

- a) **Direitos Fundamentais:** Consagrados nas Constituições e na ordem jurídica.
- b) **Direitos humanos:** Pretensão de universalidade e inseridos nos documentos internacionais.

Os direitos fundamentais são legitimadores de todo o ordenamento jurídico. Por isso a jurisdição está incluída no rol dos direitos fundamentais. Antes, porém, o inciso II, 5º. contém a garantia constitucional.

As garantias fundamentais são instrumentos de realização dos direitos fundamentais. Não adiantaria um rol extenso de direitos, sem as garantias adequadas.

Segundo Baracho (BARACHO, 1884, p.35):

O Processo Constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jurisdição, ação e processo) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais. Por tudo isso e pelas condições em que o Estado pode e deve exercer a jurisdição (pelo legítimo chamamento, afirme-se em síntese, que a jurisdição é um direito fundamental inerente as pessoas naturais e jurídicas, sejam de direito público ou privado.

Considerando que se encontra entre os incisos posto no artigo 5º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil.

5 O DIREITO A JURISDIÇÃO E O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

A jurisdição, sob a ótica processual, consiste em um poder-dever do Estado Juiz, e deve ser analisada na perspectiva dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Na visão constitucionalista, trata-se de um direito fundamental as pessoas do povo, a exigir o pronunciamento do Estado, sob uma pretensa violação de um direito.

Não há divergência sobre esta visão e os Direitos Humanos postos, pois não se faz diferenciação entre ambas as categorias.

Na Obra Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, o autor Ronaldo Brêtas, em seu capítulo 2, item 1, Jurisdição Como Direito Fundamental, considera que os direitos humanos são aqueles inerentes à vida, liberdade, dignidade, segurança, ou a própria condição humana, sob a perspectiva espiritual, corpórea e social e são chamados os direitos humanos ou do homem.

E segue afirmado que os Direitos Fundamentais são os direitos humanos, constitucionalmente positivados e tem espeque na Constituição, ou seja, os direitos fundamentais são legitimadores de todo o ordenamento jurídico. Por isso a jurisdição está

incluída no rol dos direitos fundamentais no inciso II, 5º, onde contém essa garantia constitucional.

Ainda afirma que as garantias fundamentais são instrumentos de realização dos direitos fundamentais, pois não adiantaria um rol extenso de direitos, sem as garantias adequadas.

Segundo Baracho (BARACHO, 1884, p.35):

O Processo Constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jurisdição, ação e processo) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais.

Por tudo isso e pelas condições em que o Estado pode e deve exercer a jurisdição (pelo legítimo chamamento), afirme-se em síntese, que a jurisdição é um direito fundamental inerente as pessoas naturais e jurídicas, sejam de direito público ou privado.

5.1 EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO

O Poder Judiciário é órgão estatal encarregado da prestação da jurisdição. Sob a ótica processual clássica, consiste no poder-dever do Estado de dizer o direito em face do caso concreto, e de satisfazê-lo, na perspectiva dos Direitos Fundamentais.

Quando a Função Pública chama a si o monopólio da resolução dos conflitos jurídicos, surge a jurisdição. Esta não pode ser ato arbitrário de solução dos conflitos, com o julgador decidindo ao seu alvedrio e em face de seus próprios (pré) conceitos.

A evolução do Estado, do Poder Judiciário e da ciência processual; vincularam a jurisdição ao processo, tornando posteriormente, no Estado Democrático de Direito, a jurisdição ou o acesso a ela um direito fundamental de segunda dimensão ou geração, de status positivus, intimamente relacionada ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

5.2 A JURISDIÇÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

No Estado Moderno (Democrático de Direito), a Jurisdição é o direito fundamental de exigir do órgão estatal a solução do conflito e, mais ainda, de participar ativamente do provimento, contribuindo sob uma estrutura linear e isonômica para o seu desfecho.

Para que fique mais compreensível a relevância da jurisdição neste contexto, convém ressaltar a diferença existente entre ela e a judicação ou judicatura.

Enquanto a jurisdição, como direito fundamental, liga-se ao conteúdo legal, a judicação ou judicatura é o ato ou conjunto de atos decisórios dos conteúdos legais.

Assim, a jurisdição reclama o conteúdo do direito e a judicação ou judicatura é a decisão proferida em face dos conteúdos legais, através de ato formal que é com fincas a realização da primeira que é muito mais ampla e intangível sob uma ótica de titularidade exclusiva, a despeito do monopólio estatal para a judicação ou judicatura.

As pessoas do povo querem e têm direito, além da solução, a participação na sua construção por meio do devido processo legal, o que confere legitimidade a esta decisão.

5.3 A JURISDIÇÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Segundo Streck e Moraes (2008), os princípios do Estado Democrático de Direito são os seguintes: constitucionalidade; organização democrática da sociedade; sistema de Direitos Fundamentais individuais e coletivos; justiça-social para correção das desigualdades, igualdade não só formal, mas como articulação de uma sociedade mais justa; divisão de poderes ou de funções; legalidade como medida de direito e meio de ordenação racional com regras que excluem o arbítrio e a prepotência; segurança e certeza jurídica.

A segurança e a certeza jurídica não estão vinculadas a ideia de pré-conhecimento dos provimentos judiciais, mas da segurança e certeza de que serão resultantes de uma construção legitimada e segura, em que os participantes numa relação isonômica concorreram para tanto.

A crítica ao pós-positivismo, no que diz respeito à incerteza ou insegurança jurídicas que pode daí decorrer, fica estancada diante de uma teoria discursiva que legitime a norma na sua criação (fundamentação), tanto quanto na sua aplicação (discurso de aplicação).

A decisão se legitima através da prática hermenêutica aplicada de forma legitimada pela participação construtiva dos interessados que são os destinatários da decisão judicial.

Assim, vinculando uma ordem normativa racional, permeada pelos Direitos Fundamentais em que se espera naturalmente a segurança e a certeza jurídicas, a Jurisdição também como Direito Fundamental, só pode garantí-las se a decisão judicial tiver sido construída a partir de uma teoria procedural discursiva que permita a participação dos destinatários da decisão na sua elaboração.

A sonegação desta participação é excludente ao indivíduo. Viola a cidadania e afronta o Estado Democrático de Direito, bem como o conceito de jurisdição sob o matiz da doutrina dos Direitos Fundamentais e do Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana.

5.4 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

Ambos são elementos lógicos do Devido Processo Legal e na estrutura do Estado Democrático de Direito. Entretanto, a sua reafirmação na CRFB/1988, enquanto Direitos Fundamentais autônomos, deve-se ao período anteriormente vigente, ou seja, o Estado de exceção no qual as liberdades fundamentais foram restrinvidas e durante o qual o direito ao processo, com toda certeza, não incluía a possibilidade ampla de afirmar ou discutir direitos políticos ou a liberdade ideológica.

5.5 O CONTRADITÓRIO

No contraditório, faz-se o diálogo isonômico racional e necessário entre os interessados. Trata-se de um direito-garantia de manifestação nos autos em favor de interesses antagônicos em jogo no processo, incluindo o de não se manifestar, garantido o direito de fazê-lo ou não.

Sem este elemento, o processo se torna inquisitorial e perde a sua função precípua de construção da verdade jurídico-processual, mediante a participação argumentativa e probatória dos interessados.

Através do Contraditório, a igualdade jurídica se materializa ou se instrumentaliza no processo, ao assegurar a dignidade das partes, que tem o direito de manifestar-se, ter sua manifestação considerada, ainda que não acolhida, e de ser visualizado enquanto partícipe da vida comunitária e estatal.

5.6 A AMPLA DEFESA

Este direito, dentre os três (Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa), é o direito fundamental-fim.

Partindo do pressuposto de que Ampla Defesa não quer dizer somente amplitude de meios de defesa quando questionado em juízo, mas a defesa de qualquer interesse jurídico levado à esfera judicial ou administrativa, esteja o indivíduo figurando como postulante ou como réu.

O jurisdicionado deve ter a segurança jurídica de que a amplitude se encontra na disponibilidade de meios necessários para que seja dada a resposta jurisdicional ou administrativa legítima.

Assim, a Ampla Defesa não é só amplitude de meios e prazo necessários para deduzir uma resposta adequada, o que sem dúvida é um de seus aspectos, mas inclui o direito de estar em juízo munido de todo o aparato necessário para defender suas posições.

Talvez pela contraposição de ideias, seja mais fácil esclarecer este ponto: ampla defesa não se opõe a um direito de acusação, porém é o oposto e a negação da supressão de livre manifestação ou sustentação de qualquer posição juridicamente dedutível.

Não se quer, com isso, dizer que a pessoa tenha infinitas oportunidades quer seja temporal, quer seja de meios para deduzir suas pretensões e argumentos.

Pretende-se, na verdade, dizer que as oportunidades devem tornar eficientes e eficazes as exposições e defesas dos direitos que os interessados entendem violados.

Naturalmente, o processo possui regras de tempo, oportunidade e meios para que as partes deduzam suas pretensões, não se admitindo que a pretexto de se realizar uma defesa ampla, se implante a absoluta desordem processual.

O procedimento escolhido deve sempre ser adequado à participação necessária, racional e isonômica dos interlocutores, sob pena de grave ofensa ou supressão de um direito fundamental.

6 CONCLUSÃO

Feitas mencionadas considerações, podemos chegar à seguinte conclusão: o Estado se organiza e se rege por uma Constituição que dentro de uma estrutura jurídica lhe possibilita criar órgãos. Como o Estado é soberano, seu poder é uno, por consequência não se pode dividi-lo ou fracioná-lo, diante disso, a concepção, de três poderes, sendo eles Poder executivo, Poder legislativo e Poder judiciário é uma atecnia, tendo em vista que, o que deve ser repartido ou separado é a atividade e não poder estatal.

Assim sendo, o Estado representa a sociedade politicamente organizada pelo direito, observa-se que o Estado assume o poder para, em nome do povo, legislar, administrar, exercer a função jurisdicional. O poder para ser legitimamente constituído deve ser exercido nos limites da lei, devendo essa legitimidade ser democrática, pois mencionados órgão estão assentados na sujeição às leis emanadas pela vontade popular.

O povo tem legitimidade para fiscalizar e participar do controle democrático, caso uma norma esteja em colisão com direitos e garantias fundamentais, pode-se provocar a jurisdição, visando questionar em concreto sua constitucionalidade.

Por tudo isso e pelas condições em que o Estado pode e deve exercer a jurisdição (pelo legítimo chamamento, afirme-se em síntese, que a jurisdição é um direito fundamental inerente as pessoas naturais e jurídicas, sejam de direito público ou privado.

O constitucionalismo contemporâneo preocupa-se, cada vez mais, com as garantias dos direitos fundamentais, procurando efetivá-las pelo crescimento de novos instrumentos do Processo Constitucional. A efetividade dos direitos fundamentais ocorre pelos mecanismos de realização jurisdicional dos mesmos.

A efetividade ou eficácia dos direitos fundamentais opera-se pela sua aplicabilidade real e concreta. Com isso ocorrem as possibilidades reais de concretização dos direitos fundamentais a todos os cidadãos, por meio da realização e otimização dos mesmos. As normas constitucionais são dirigidas à realidade, daí que a interpretação deve ser orientada para sua efetividade, vigência prática e material.

O objetivo da garantia é a realização efetiva dos direitos fundamentais. A liberdade jurídica fundamental opera-se pelo exercício pleno da cidadania, quando em todos os momentos encontramos mecanismos para exercitá-los de maneira direta, por via jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **O Conceito e Validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ALEXY, Robert. **O Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. e imp.;São Paulo: Landy, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito. 5^a. ed ver. atual. amp . Belo Horizonte, Del Rey, 2022.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria do geral do processo: Primeiros Estudos**. 10. ed. rev e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Princípio da Dignidade Humana**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.