

PROCESSO E JURISDIÇÃO: DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO PARA CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Process and jurisdiction: of the necessary distinction for the setting of the democratic state of law

Helena Patrícia Freitas¹

RESUMO

A partir da perspectiva do Processo Constitucional, faz-se necessária uma configuração democrática balizada por direitos e garantias fundamentais e por normatividade que aponta para o delineamento das funções estatais, em que há limites para sua atuação pelo Estado de Direito. A diretriz democrática se coloca pelo reconhecimento do povo como legitimado ao processo e, nesse sentido, o processo é instituição capaz de promover, por meio do devido processo constitucional, a formulação de decisões administrativas, legislativas e jurisdicionais, que sejam resultantes lógico-discursivas. Há que se demarcar conceitualmente processo e jurisdição, uma vez que a imbricação destes conceitos coloca o processo como mero instrumento da jurisdição, o que dá ensejo à elaboração de decisões axiológicas. O processo constitucional, desse modo, precisa ser visto como metodologia de garantia de direitos fundamentais, enquanto a jurisdição configura-se como atividade-dever do Estado. Demarcado o tema e o objetivo do presente estudo, buscou-se desenvolver o artigo de forma expositiva-argumentativa, utilizando pesquisa básica realizada pelo método racional crítico.

PALAVRAS-CHAVE

Processo constitucional, jurisdição, Estado democrático.

ABSTRACT

From the point of view of the Constitutional Process, it is necessary to have a democratic configuration based on fundamental rights and guarantees and a normativity that points to the delineation of state functions, in which there are limits to their assessment by the State of Law. The democratic guideline stands for the recognition of the people as legitimized to the process and, in this sense, the process is an institution capable of promoting, through due constitutional process, the formulation of administrative, legislative and jurisdictional decisions, which are logical-discursive results. It is necessary to demarcate conceptually process and jurisdiction, since the imbrication of these concepts places the process as a mere instrument of the jurisdiction, which gives rise to the elaboration of axiological decisions. The constitutional process, therefore, needs to be seen as a methodology for guaranteeing fundamental rights, while the jurisdiction is configured as an activity-duty of the State. The topic and objective of the present study was debated, and the article was developed in an expository-argumentative way, using basic research carried out by the critical rational method.

KEYWORDS

Constitutional process, jurisdiction, democratic State.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Jurisdição e processo. 3 Do devido processo constitucional e da legitimidade

¹ Mestre e doutoranda em Direito Processual (PUC-Minas), especialista em Processo Constitucional, professora, advogada. E-mail: elenapfreitas@gmail.com

decisória. 4 Estado democrático de direito e processo constitucional como garantia de direitos fundamentais. 5 Conclusões. 6 Referências.

SUMMARY

1 Introduction. 2 Jurisdiction and process. 3 Of due constitutional process and decision-making legitimacy. 4 Democratic State of Law and constitutional process as a guarantee of fundamental rights. 5 Conclusions. 6 References.

1 INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, os sujeitos constitucionais são os legitimadores da soberania do Estado e este, por sua vez, exerce o poder político amparado na Constituição, que dispõe acerca das normas de organização do Estado, com a delimitação de suas funções, sendo elas legislativa, administrativa e jurisdicional.

Neste sentido, a Constituição estrutura a organização política do Estado, sendo o poder exercido nos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Essa é a perspectiva, portanto, do Processo Constitucional, que almeja a concretização e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, a partir da necessária constitucionalização do ordenamento jurídico.

Há teorias processuais, no entanto, que não trazem demarcação precisa entre jurisdição e processo e, ao contrário, imiscuem referidos conceitos, o que acaba por ensejar centralidade da atuação das autoridades decisórias em desacordo com a perspectiva democrática, que clama pela formulação decisional pela participação dos sujeitos constitucionais. Assim, torna-se inescusável analisar a jurisdição e o processo, demarcando-se o entendimento acerca das mencionadas instituições.

Parte-se do conceito de jurisdição como atividade-dever do Estado exercida pelo direito de ação das partes interessadas. A jurisdição deve se estruturar com observância do devido processo constitucional, para que se construam pronunciamentos decisórios legislativos, jurisdicionais e administrativos consonantes com o princípio do Estado Democrático de Direito.

Importa ainda desenvolver, dentro da perspectiva teórico processual adotada, o que vem a ser processo constitucional, representando metodologia de garantia de direitos fundamentais², servindo, desse modo, de baliza para o exercício das funções do Estado e para que se assegure uma hermenêutica constitucional que efetivamente vá condicionar a construção de provimentos decisórios como resultantes lógico-constitucional (discursivo) do devido processo.

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

Assim, faz-se imperativo o tratamento destacado do contraditório enquanto princípio instituinte do processo, bem como garantia fundamental e viga-mestra do processo democrático. Na concepção do Estado Democrático, a formação dos pronunciamentos decisórios deve ser permeada pelo contraditório como estruturador do próprio conceito de processo, o que assegura a legitimidade democrática. As decisões devem ser, portanto, resultante discursiva dos argumentos suscitados pelas partes, o que justifica o necessário afastamento da discricionariedade e do subjetivismo na formação dos pronunciamentos, sem o que, estaria sendo colocado em xeque o devido processo constitucional.

2 JURISDIÇÃO E PROCESSO

Na perspectiva processual democrática, faz-se fundamental a distinção entre processo e jurisdição, na medida em que a imbricação dos conceitos tem operado uma configuração amorfa, que não contribui para o Estado Democrático de Direito, na medida em que este preconiza uma formulação decisória em que os sujeitos constitucionais se coloquem como participantes e destinatários das normas e das decisões. Nesse sentido, a ausência de distinção entre processo e jurisdição, o que ocorre de forma corriqueira, corrobora para uma atuação das autoridades (sejam elas administrativas, legislativas ou jurisdicionais) em posição que se sobrepõe à posição dos demais sujeitos processuais. Dessa visão decorre a elaboração de decisões solipsistas, discricionárias, maculadas por critérios axiológicos e escopos metajurídicos, sendo o processo visto como mero instrumento da jurisdição³ e com ela se confundindo.

Cumprindo demarcar a diferença entre jurisdição e processo, dentro de uma matriz processual democrática, há que se considerar que a jurisdição é uma das funções atribuídas ao Estado, que detém a competência para atuação por meio de seus órgãos, operando a partir do exercício do direito de ação das partes. Para tanto, deve-se observar o devido processo constitucional preconizador da observância às garantias do contraditório, ampla defesa, imparcialidade, assim como o direito à fundamentação das decisões.

Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, a função jurisdicional é atividade estatal e direito fundamental, sendo que a legitimação do Estado para a atuação da função jurisdicional se faz a partir do exercício do direito de ação pelos sujeitos constitucionais, amparado pelo processo democrático⁴. Rosemiro Pereira Leal explica que a jurisdição só se legitima pela tutela do processo e, desse modo, evidencia: “A jurisdição é atividade estatal subordinada aos princípios e fins do processo, sequer o processo deve ser pensado

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993

4 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 38.

“à luz da Constituição”, porque é o processo a luz da Constituição. Também não é a jurisdição que permite a participação popular no poder [...] pois tais conteúdos são de direito fundamental constitucionalizado, não decorrem da generosidade ou habilidade jurisdicional”.⁵

De acordo com o entendimento de Leal, a **jurisdição** atua ante o exercício do direito de ação normativamente criado como garantia fundamental, com o fim de ativar o exercício da função jurisdicional pelo Estado na busca de garantir o cumprimento do direito positivo. Assim, para Leal **processo** é instituição constitucionalizada que se define pelos princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa, condutores dialógicos no espaço jurisdicional⁶.

Na obra “Processo Constitucional”, José Alfredo de O. Baracho conceitua a jurisdição como “[...] função de declarar o direito aplicável aos fatos, bem como é a causa final e específica da atividade do judiciário”. Explica ainda que “ao exercer a atividade jurisdicional está o Estado manifestando a soberania que lhe é inerente”⁷. Assim, Baracho ressalta a soberania do Estado que lhe é atribuída em nome do povo e, neste sentido, quando o Estado exerce a função jurisdicional para aplicar o direito promovendo a tutela de direitos, o faz pela legitimação democrática.

O Estado, portanto, exerce o poder político nos limites do ordenamento jurídico. É a Constituição que estabelece a forma de exercício do poder político pelo Estado, ao mesmo tempo que limita a liberdade de atuação do próprio Estado. Joaquim Carlos Salgado⁸ explica que na Constituição há o encontro do poder político e do jurídico (norma), que dá suporte à Constituição democrática, preconizadora do exercício do poder e da liberdade, sem que entre esses haja oposição. Assim, a partir do direito faz-se a ordenação (pela norma), bem como o poder também se organiza por meio das normas constitucionais. A ordenação, portanto, só é possível por normas, assim como a organização do Estado se faz pela estruturação jurídica de seus órgãos. A partir disso, pode-se sistematizar a relação entre Estado, Constituição e exercício do poder político como demonstrado na Figura 1.

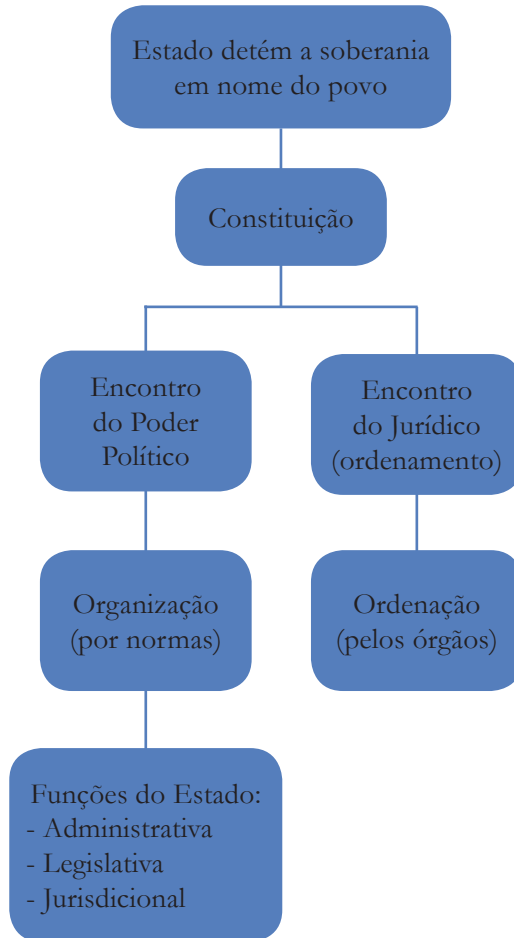
5 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos, p. 103-104.

6 A condução dialógica, na Teoria Neoinstitucionalista do Processo, faz-se por uma “sociedade aberta (Popper), equivale a uma oferta da possibilidade democrática de uma construção decisória não confinada a critérios justificacionistas e verificacionistas pelos quais o Estado-juiz já saberia os fundamentos ou escopos que deveriam prevalecer quanto ao sentido das normas de um ordenamento jurídico antes mesmo de colocar à testibilidade teórica as suas asserções decisórias.” (LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo*: uma trajetória conjectural, p. 36).

7 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, p. 75.

8 SALGADO, Joaquim Carlos. *O Estado Ético e o Estado Poético*, p. 39.

Figura 1 - Relação entre Estado, Constituição e exercício do poder político



Brêtas⁹ depreende, portanto, que o Estado, no exercício de suas funções administrativa, legislativa e jurisdicional, o faz por intermédio dos órgãos criados pela estruturação jurídico constitucional e nos limites do ordenamento jurídico. Essa limitação do poder estatal a partir da própria Constituição é que caracteriza o Estado de Direito, com vistas à racionalização do poder político, que é uma das premissas do constitucionalismo.

Segundo Georges Abboud¹⁰, a Constituição traz elementos para proteção aos

9 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 28.

10 ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*, p. 47-48.

direitos fundamentais e, conseqüentemente, elementos de racionalização e limitação do poder, o que a torna um instrumento civilizatório. Conclui, portanto, ser inconcebível que haja um Estado sem sua respectiva Constituição, na medida em que é esta que lhe dá a configuração do exercício do poder político.

Cattoni de Oliveira¹¹ entende a jurisdição como atividade exercida pelo Estado a partir de seu poder público, realizada por discursos jurídico-processuais de aplicação jurídico-normativa. A conceituação da jurisdição trazida por Cattoni revela sua adesão a Jürgen Habermas como marco teórico de sua concepção de democracia. Habermas, seguindo o entendimento de Klaus Günther, entende que os discursos de aplicação se relacionam à adequabilidade das normas ao caso concreto (princípio da adequabilidade), explicando que deve haver coerência entre as normas e com as variantes da situação concreta. Cattoni explica que “[...] a reconstrução adequada da situação de aplicação condicionada e garantida pelo Direito Processual, é que possibilita, juridicamente, a determinação de qual, dentre as normas válidas, é a que deve ser aplicada”¹². Para que se conclua pela determinação da norma válida para o caso concreto, Cattoni sustenta que Habermas adota a Teoria do Discurso, pretendendo que esta seja capaz de uma reconstrução histórica, social e teórica, dada a partir de paradigmas, utilizando argumentos racionais, segundo uma visão alexyana¹³. Assim, Cattoni conclui que a legitimidade das decisões democráticas se faz pela observância da garantia do contraditório, que vai amparar a fundamentação decisória adequada¹⁴.

A construção participada da decisão, que vem atribuir legitimidade à mesma, é pautada, na visão defendida por Cattoni,¹⁵ a partir de Elio Fazzalari, que entende o processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, em simétrica paridade, em busca de um pronunciamento decisório de mérito.

11 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, p. 74.

12 Ibidem, p. 74.

13 “Que seja possível uma argumentação juridical racional depende não só do caráter científico da jurisprudência, senão também a legitimidade das decisões judiciais.” (ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 19).

Segundo explica Álvaro Ricardo de Souza Cruz, “a Teoria da Decisão de Alexy pretendeu permitir o exame de um ordenamento jurídico lacunoso e contraditório, de forma a controlar a subjetividade do julgador, por meio de uma racionalidade dialógica e vinculada ao teste de um debate público para aferição da correção das decisões.” Assim, Alexy preconiza uma intersubjetividade da argumentação jurídica. (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*, p. 176).

14 CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*, p. 49.

15 “Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na simétrica paridade da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 115).

3 DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL E DA LEGITIMIDADE DECISÓRIA

Há evidente e inegável vinculação entre Constituição e Processo e, desta maneira, Hector Fix Zamudio realizou necessário estudo a respeito, o que foi sistematizado e aperfeiçoado pelo jurista mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho, por meio da Teoria Constitucionalista do Processo. De acordo com Baracho, “[...] o modelo constitucional de processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional”¹⁶. A jurisdição, portanto, se concretiza pelo processo regido por normas e princípios constitucionais (juízo natural, contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, reserva legal), com o fito de promover a tutela de direitos realizada pela aplicação imperativa do ordenamento jurídico¹⁷.

Ao se aplicar o ordenamento jurídico, devem-se observar os critérios característicos do processo constitucional, que busca servir de guia, inclusive, para a interpretação do próprio ordenamento jurídico, com observância aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, na perspectiva do processo constitucional, a jurisdição, enquanto atividade-dever do Estado, deve se pautar pela observância das normas e princípios constitucionais que gerenciarão o processo jurisdicional, a partir do direito de ação exercido pelas partes interessadas, que buscam a tutela de seus direitos a partir de um pronunciamento decisório de mérito. Acerca dos pronunciamentos decisórios emanados dos órgãos do Estado, detentor este da soberania em nome do povo, Brêtas explica: “A manifestação de poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional decisório e no pronunciamento administrativo decisório (também, no pronunciamento legislativo, a lei aprovada), tem de ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional”¹⁸.

Afere-se, portanto, que a partir do processo constitucional, tem-se a construção de pronunciamentos decisórios, que, no caso do processo legislativo é a própria lei aprovada, no caso do processo jurisdicional origina o pronunciamento decisório jurisdicional e em se tratando de processo administrativo, teremos, então, o pronunciamento administrativo decisório.

Brêtas faz importante consideração acerca do vocábulo “provimento” e,

16 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 15.

17 Leo Rosemberg entende a jurisdição como atividade do Estado dirigida à realização do ordenamento jurídico. (ROSEMBERG, Leo. *Da Jurisdição no Processo Civil*, p. 71).

18 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 41.

assim, explica que, no Brasil, a expressão vem sendo utilizada com sentido de decisão jurisdicional (ato jurisdicional decisório). Esclarece, no entanto, que a origem da palavra é italiana – *provvedimento* – que significa provimento. Explica ainda que na tradição luso-brasileira, a expressão provimento é utilizada no plano recursal, no sentido de acolher o recurso. Demonstra-se assim que no Brasil a palavra provimento possui acepções diversas, razão pela qual, em sua obra opta por utilizar a expressão “pronunciamento jurisdicional decisório” e explica que “os pronunciamentos decisórios, quaisquer que sejam, [...] emanados dos órgãos prestadores da jurisdição, são atos estatais imperativos, que refletem manifestação do poder político do Estado, sempre exercido em nome do povo.”¹⁹

O Código de Processo Civil de 2015, perseguindo melhor precisão terminológica, utiliza a expressão “provimento” para a temática recursal, no sentido de acolhimento do recurso (a exemplo dos artigos 932, 995, 1.012 e 1.026). Lado outro, a expressão “pronunciamento” é utilizada como ato decisional do juiz ou tribunal (artigos 36, 203, 205, 486, 488, 528, 892 e 949).

A legitimidade dos pronunciamentos decisórios jurisdicionais, legislativos (lei aprovada) e administrativos somente é possível pela via do devido processo constitucional, que vem a ser, segundo Brêtas,²⁰ a metodologia²¹ normativa que informa e orienta o processo, ou seja, metodologia de garantia dos direitos fundamentais.

Há que se verificar, portanto, o que deve ser entendido por devido processo, dentro de uma matriz processual democrática.

O *due process* é expressão que veio cunhada na *Magna Charta Libertatum*, outorgada por João Sem Terra, em 1215, e pela Carta de Henrique III, em 1225, na Grã-Bretanha e hodiernamente faz-se alguma confusão entre o *due process* e o devido processo legal. O *due process*, portanto, surgiu no sistema de *commom law*, no qual o julgamento era colegiado e realizado por juízes que se baseavam em leis morais ou de razão natural instrumentado em relação jurídica entre pessoas. Por outro lado, nos países de *civil law*, predomina o princípio

19 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 93.

20 Ibidem, p. 43.

21 Abbagnano traz uma das acepções da palavra metodologia: “conjunto de procedimento técnicos de averiguação ou verificação à disposição de determinada disciplina ou grupo de disciplinas.[...] A metodologia é elaborada no interior de uma disciplina científica ou de um grupo de disciplinas e não tem outro objetivo além de garantir às disciplinas em questão o uso cada vez mais eficaz das técnicas de procedimento de que dispõem.” (ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia, p. 669). José Alfredo de Oliveira Baracho entende que “a garantia jurisdicional da Constituição ou Justiça Constitucional pertence a um sistema de técnicas, que têm como objetivo a correta aplicação da Constituição. As garantias são meios que a técnica jurídica moderna desenvolveu, em relação à regularidade dos atos estatais em geral.” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*, p. 23). Assim, pode-se concluir que conceituar o processo constitucional como metodologia de garantia de direitos fundamentais mostra absoluta pertinência, na medida em que o processo constitucional se reveste de técnica processual para garantir que os direitos e garantias previstos na constituição sejam de fato efetivados.

da reserva legal, que se realiza por um processo constitucional e cria um modelo jurídico-normativo de atuação da jurisdição. Assim, no sistema da *civil law*, o *due process* é fonte de garantias processuais constitucionais, prescrevendo a existência de leis democraticamente produzidas, sendo que o **devido** se faz pela legitimação do povo. Afirmar Leal que assegurado o *process* em texto democrático-constitucional, só nos restaria afirmar que o processo tem, na atualidade, como lugar *devido* de sua criação, a *Lei constitucional* (o *devido processo constitucional* como fonte jurisdicional da judicção e direito-garantia das partes).²² Logo, o povo, legitimado ao processo, é quem traz a configuração do devido, sendo que o processo (administrativo, legislativo e jurisdicional) é instituição constitucionalizada e fulcrada nos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia. Leal explica ainda que: “O processo é instituição constitucionalizada garantidora de direitos procedimentais pelos princípios do contraditório, isonomia, ampla defesa, anterioridade da lei, dever da jurisdição, direito ao advogado, liberdade incondicionada de requerer, caracterizadores do *due process* que abrange o direito material do substantive *due process* modulador dos procedimentos (procedural *due process*) para assegurar efetividade”.²³

André Del Negri expõe que “[...] a expressão Devido Processo Constitucional é vista como instituição regenciadora de todo e qualquer procedimento (devido processo legal), a fim de tutelar a produção de provimentos seja administrativo, legislativo ou judicial”²⁴. Para o exercício da jurisdição, o Estado deve atuar amparado pela estrutura metodológica normativa (devido processo legal), o que garante aos interessados a participação em contraditório, assegurando a participação viabilizadora da formação do ato decisório final. Em outras palavras, o devido processo constitucional é garantia processual constitucional, na qual o Estado, que exerce o poder em nome do povo, emana pronunciamentos decisórios (jurisdicionais, administrativos ou legislativos), sob a disciplina constitucional principiológica do devido processo constitucional.

A garantia fundamental do devido processo constitucional assegura que qualquer do povo faça atuar a jurisdição buscando a tutela de seus direitos. O devido processo legal compõe o devido processo constitucional, que é integrado por garantias e direitos formadores de um bloco aglutinante e compacto que compreende o direito à razoável duração do processo, garantia do juízo natural, contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, assim como direito à presença do advogado ou defensor público.

22 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos, p. 89.

23 Segundo Leal, “aduz-se que o devido processo legal como substantive *due process* guardava integral imanência com o que se denominou “direitos fundamentais” que certamente aqui adquirem o sentido de direitos fundantes (law of the land) da normatividade (os chamados “direitos materiais”) a serem protegidos pela jurisdição constitucional.” (LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural*, p. 26).

24 DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo*: teoria da legitimidade democrática, p. 74.

A Lei n. 9.784/99 regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e estabelece, em seus artigos 1º e 2º, a orientação que deve regenciar o processo administrativo pelo devido processo constitucional²⁵.

Assim, as garantias fundamentais previstas constitucionalmente devem servir de guia tanto para os processos jurisdicionais, quanto para os processos administrativos e legislativos.

O devido processo constitucional tem como viga mestra o contraditório, que é um princípio instituinte do processo, sendo a sua própria razão de ser. Assim, Leal explica:

O princípio do contraditório é referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem. [...] O processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes²⁶.

O procedimento é gênero, do qual o processo é espécie e o que o diferencia é exatamente a presença necessária do contraditório, sem o qual o processo se configuraria em mero procedimento. Nos processos, o contraditório viabiliza a dialogicidade, oportunizando às partes trazer as razões de fato e de direito que lhe são pertinentes. Ausente o contraditório, o agente decisor fica vinculado às suas próprias impressões e convicções e a formação dos pronunciamentos decisórios ficam desvinculados dos argumentos das partes, comprometendo a fundamentação.

O contraditório deve ser entendido, portanto, como garantia de efetiva participação das partes no processo, em todas as suas fases lógicas (fase postulatória, fase de saneamento e organização, fase de instrução probatória e fase decisória), para que possam influenciar a construção da decisão jurisdicional final. Assim, resta evidenciada a estreita correlação existente entre o contraditório e a fundamentação das decisões, pelo que Brêtas qualifica o quadrimônio estrutural do contraditório explicando que, a partir da informação-reação-diálogo-influência, os sujeitos processuais corroboram, com argumentos e provas, a fim de formular decisão participada, com observância das

25 Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. [...]

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, grifo nosso).

26 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos, p. 166-167.

garantias fundamentais do processo²⁷.

Dierle Nunes²⁸ entende o contraditório como garantia de influência e não surpresa, proporcionando que as partes que possam ter seus direitos atingidos pela decisão manifestem-se e produzam as provas necessárias, de forma a influenciar na formação da decisão. Esta decisão, por sua vez, deve guardar estreita pertinência com as questões suscitadas pelas partes, de forma a se evitar decisões desconformes.

Dessa forma, o contraditório é princípio instituinte do processo, garantia fundamental e viga mestra do devido processo constitucional, sem o qual o próprio processo deixa de se conceber numa concepção processual democrática. A observância ao contraditório como garantia induz a construção de decisões nas quais a fundamentação deve se vincular estreitamente aos argumentos criticamente formulados pelas partes interessadas na construção do pronunciamento decisório.

O contraditório como garantia de influência e não surpresa viabiliza ainda a fiscalidade necessária para que haja efetiva correlação desta garantia à fundamentação das decisões e, nesse sentido, Flaviane Barros e Leonardo Marinho destacam: “A fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão.”²⁹

O devido processo constitucional é metodologia normativa estruturada pelo contraditório, sendo, portanto, uma técnica utilizada para impedir a construção de pronunciamentos decisórios pautados em subjetivismos ou ideologias do julgador. O órgão jurisdicional é representante do Estado e deve se reger pela impessoalidade, imparcialidade, sendo-lhe vedado o proferimento de decisões fulcradas em seu livre arbítrio, senso, valores, critérios estes de ordem subjetiva.

A discricionariedade é causa da irracionalidade na aplicação do direito e, para obstar que haja subjetivismo a permear a formulação das decisões, há que se buscar a imprescindível conexão entre o contraditório e a fundamentação, viabilizando, desse modo, a fiscalidade pelas partes e o controle acerca do devido processo.

A discricionariedade na formação das decisões fere a lógica da processualidade

27 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. et al. *Estudo sistemático do NCPC*, p. 53.

28 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 227 e 229.

29 BARROS, Flaviane de Magalhães; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: Leonel González (Org.). *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. 1a. ed. Santiago do Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017, v. 1., p. 350

democrática, sobretudo, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988. Nas lições de Leal: “Em face da teoria constitucional legalmente adotada na Constituição brasileira de 1988, o momento decisório não é mais a oportunidade de o juiz fazer justiça ou tornar o direito eficiente e prestante, mas é o instante de uma DECISÃO a ser construída como resultante vinculada à estrutura procedimental regida pelo PROCESSO constitucionalizado”.³⁰

A discricionariedade gera ausência de estabilidade da aplicação do direito, insegurança jurídica e incerteza acerca das decisões judiciais, que podem ser proferidas ao alvedrio e de acordo com o bom (ou mau) senso inato do juiz.

As teorias processuais que colocam o juiz em posição de centralidade, a exemplo da teoria da relação jurídica de matriz instrumentalista, induzem a uma formulação de decisões axiológicas³¹. Em perspectiva processual democrática, as decisões devem ser pautadas no devido processo constitucional, com inderrogável necessidade de participação dos sujeitos processuais na formação da decisão, que deve ser balizada pelos argumentos e provas produzidos, permitindo, assim, que o contraditório e fundamentação estejam alinhados a dar configuração de legitimidade à decisão formulada.

A teoria da relação jurídica formulada por Bülow³² não cuidou de distinguir processo e jurisdição, mas imiscuiu esses conceitos de modo a colocar o processo como mero instrumento a serviço de uma jurisdição de configurações não democráticas, na medida em que alça o julgador a uma posição de supremacia, induzindo à formulação de decisões permeadas de subjetivismo. A discricionariedade é, portanto, fruto da inobservância do devido processo constitucional, que pressupõe a necessária conexão entre contraditório e fundamentação das decisões, assim como da observância ao princípio da reserva legal, que preconiza o atendimento do ordenamento jurídico, como forma de legitimação dos pronunciamentos decisórios. A discricionariedade conta com o subjetivismo do julgador, o que não se admite na matriz do Estado Democrático de Direito.

4 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A atividade jurisdicional precisa ser exercida pelo Estado em estrita observância ao processo constitucional e o pronunciamento decisório, dessa maneira, será resultante dos atos praticados pelas partes em contraditório, com garantia da ampla defesa e isonomia.

Assim, Brêtas explica que “no Estado Democrático de Direito, que visualizamos

30 LEAL, Rosemiro Pereira, *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, p. 69.

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993

32 BÜLOW, Oskar von. Gesetz und richtertamt. In: BÜLOW, Oskar von. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – kassische texte*. V. 10. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003.

como princípio, a função jurisdicional somente se concretiza dentro da moderna e inafastável estrutura constitucionalizada do processo”³³.

No Constitucionalismo, há a conexão entre os princípios do **Estado de Direito**, segundo o qual o ordenamento jurídico regula, limita e admite a fiscalização do próprio Estado, e do **Estado Democrático**, no qual o poder estatal emana do povo legitimado ao processo. Assim, no Estado Democrático de Direito o poder político do Estado é limitado pelo próprio Direito, sendo este poder exercido em nome do povo. Leal sustenta:

No Estado de Direito Democrático, é o povo (legitimado ao processo) que faz e garante suas próprias conquistas conceituais pelo processo constitucional legiferante do que é devido (garantido, assegurado), não o juiz que é funcionário do povo. O Juiz não é construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do discurso estrutural do procedimento processualizado pelo due process democrático em suas incidências substancial (substantive) de garantias implantadas constitucionalmente e procedimental (procedural) do modo adequado de aplicação constitucionalmente assegurado”³⁴.

A democraticidade da atuação estatal se caracteriza pela participação do povo na construção dos provimentos decisórios administrativos (legitimação dos representantes eletivos), dos provimentos decisórios legislativos (lei aprovada) e dos provimentos decisórios jurisdicionais (decisões formadas discursivamente com observância do contraditório). Essa atuação do Estado é controlada pelo Direito, que regula e cria mecanismos de fiscalidade. Assim, compõe-se a principiologia do Estado Democrático de Direito.

Partindo da célebre lição de Baracho,³⁵ o processo constitucional é metodologia de garantia de direitos fundamentais e, assim, há que se analisar a concepção de direitos fundamentais, na medida em que, para se assegurar a fruição desses direitos, o Estado é acionado a exercer a atividade jurisdicional. Acerca dos direitos fundamentais, ensina Brêtas: “Os direitos humanos que tenham adquirido positivação no ordenamento jurídico-constitucional do Estado, atingindo, por conseguinte, grau maior de certeza e efetiva possibilidade de serem garantidos. Assim, direitos fundamentais do ser humano são direitos constitucionalizados sob técnica especial de reconhecimento e definição assentados nas Constituições dos Estados contemporâneos”³⁶.

Afigura-se, assim, que os direitos fundamentais são aqueles direitos individuais, coletivos, sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e os relacionados a

33 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 44.

34 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, p. 91.

35 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*.

36 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 86.

partidos políticos, contidos no Título II da Constituição da República de 1988 e que irão permear todo o texto constitucional a assegurar essa mesma proteção. Logo, há outras normas constitucionais, a exemplo do artigo 230, §2º da Constituição de 1988, que assegura o direito de viajar gratuitamente nos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos. Assim, “direito fundamental” significa direito dotado de forma normativa constitucional. No mesmo sentido, Dimoulis e Martins explicam que “direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”³⁷.

Afere-se, portanto, que os elementos básicos que compõem a definição de direitos fundamentais são os seguintes aos sujeitos (pessoa – Estado), com finalidade de limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual constitucionalmente assegurada. O artigo 5º, §1º da Constituição da República de 1988 dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Assim, todos os dispositivos constitucionais que contemplem direitos individuais, sociais e políticos são vinculantes direta e imediatamente, independentemente de que capítulo ou título da Constituição em que estejam alocados. Frise-se, portanto, que os direitos fundamentais tem efeito imediato e vinculam o Estado. Assim, o exercício desses direitos fundamentais não necessita de autorização ou determinação do Estado para sua concreção.

O sujeito passivo ou destinatário da obrigação de cumprimento e observância dos direitos fundamentais é o Estado, que deve respeitar os direitos dos indivíduos, assim como tem o dever de assegurar a observância e proteção dos mesmos.

A limitação do poder do Estado é feita pelo Direito, sendo a própria essência e definição, portanto, do Estado de Direito. Os direitos fundamentais dos indivíduos devem ser resguardados e garantidos pelo poder estatal, que deve se estruturar e se organizar de forma a assegurar a liberdade individual. Essa estruturação se faz com base em normas que vão legitimar a organização do Estado.

Esse dever que tem o Estado de proteção aos direitos fundamentais contra lesões advindas de particulares, trata-se de um dever estatal de tutela, sendo o que se chama de efeito horizontal. Dimitri e Martins, explicam que, “[...] no Brasil, pode ser considerado como fundamento normativo do efeito horizontal, o vínculo do Estado como um todo [...] aos direitos fundamentais”³⁸. Assim, a jurisdição vem a ser direito fundamental de qualquer pessoa (física ou jurídica), em razão de previsão constitucional expressa, sendo

37 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 54.

38 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 113.

que a fruição deste direito se faz pela garantia fundamental do processo constitucional³⁹.

Já o efeito vertical, por sua vez, vem assegurar que o Estado respeite os direitos dos indivíduos, na medida em que os direitos fundamentais advêm da supremacia constitucional. Segundo Dimitri e Martins, o problema do efeito vertical está na determinação do alcance e das consequências de um efeito vertical que consiste na aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Na Constituição, não há expressa determinação a respeito dos efeitos vinculantes horizontais e verticais dos direitos fundamentais e esta orientação tem ficado a carga da doutrina e jurisprudência. Virgílio Afonso da Silva trata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares em que o efeito vertical se opera ante o dever do Estado de assegurar o cumprimento desses direitos fundamentais.⁴⁰

5 CONCLUSÃO

A partir dos estudos empreendidos, evidencia-se o fato de que a Constituição Federal de 1988 é essencial para a organização e delineamento do poder estatal, como garantia do Estado de Direito. O Estado exerce o poder em nome do povo, que é o legitimado ao processo, sendo as atividades do Estado criadas pela estruturação jurídico-constitucional. Dessa forma, a **Constituição** vai estruturar por um lado, o **poder político** e por outro lado a **ordenação normativa**, que tratará da regulação limitadora do próprio poder do Estado. É neste contexto que se regencia o Estado Democrático de Direito.

A organização do exercício do poder pelo Estado se faz, portanto, pelas normas constitucionais, que lhe atribuem o exercício das funções legislativa, administrativa e jurisdicional. O Estado exerce seu poder, dessa forma, em nome do povo e seus pronunciamentos decisórios jurisdicionais, administrativos e legislativos (lei aprovada) se perfazem ante a disciplina principiológica do devido processo constitucional.

Com relação especificamente à função jurisdicional, trata-se de atividade-dever do Estado de tutelar os direitos individuais, sendo a jurisdição prestada por órgãos estatais competentes, mediante o exercício do direito de ação das partes interessadas, com observância do devido processo constitucional. Esta definição de jurisdição amolda-se a um modelo constitucional de processo, que preconiza a realização imperativa e imparcial

39 BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 92.

40 Silva cita o RE 158.215 do STF, em que uma Cooperativa expulsou sumariamente alguns associados por infração às normas estatutárias. Houve interposição do RE por alegação de inobservância à garantia da ampla defesa. O autor menciona ainda o RE 161.243, que diz respeito a um funcionário brasileiro da Air France, ao qual não haviam sido concedidos alguns benefícios. A companhia aérea tinha plano de carreira que fazia distinção entre franceses e não-franceses para concessão de benefícios. O STF decidiu que o princípio da igualdade deve ser respeitado em qualquer relação, sendo vedada qualquer relativização. (SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 93-94).

do ordenamento jurídico.

Portanto, a jurisdição é direito fundamental do povo, bem como atividade-dever do Estado, sendo assegurada pelo devido processo constitucional, que é garantia processual acopladora de uma gama de direitos, como direito ao contraditório, ampla defesa, isonomia, garantia do juízo natural, direito à razoável duração do processo, direito ao advogado, direito de fundamentação das decisões.

O devido processo constitucional é, assim, concretizador da jurisdição, sendo o que lhe enseja estruturação.

6 REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000..

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: RT, 2016

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

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

BARROS, Flaviane de Magalhães; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: Leonel González (Org.). *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. 1a. ed. Santiago do Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017, v. 1.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 abril 2019.

BRASIL. Lei n. 9.784 , de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 01 Fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 07 abril 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei n. 13.105, de 16 março de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 Mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 07 Maio 2017.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

_____. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. et al. *Estudo sistemático do NCPC*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BÜLOW, Oskar von. Gesetz und richtertamt. In: BÜLOW, Oskar von. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. V. 10. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003.

- CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte, Fórum, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- _____. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- _____. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- _____. *Teoria processual da decisão jurídica*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.
- POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. São Paulo: Itatiaia, 1987. V.1/2.
- _____. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.
- ROSEMBERG, Leo. *Da Jurisdição no Processo Civil*. Campinas: Impactus, 2005.
- SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, p. 37-68, abr./jun. 1998.
- SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

Revista Jurídica Unigran

<p>Data de registro: 15. 04. 2019. Aceito em: 14. 06. 2019.</p>
--