XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

PODER, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

GILMAR ANTONIO BEDIN

GISELE GUIMARÃES CITTADINO

FLORIVALDO DUTRA DE ARAÚJO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P742

Poder, cidadania e desenvolvimento no estado democrático de direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;
coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, Gisele Guimarães Cittadino, Florivaldo Dutra de Araújo – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-126-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Cidadania. 3. Estado. 4.Democracia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PODER, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A capacidade de organização de eventos de qualidade por parte do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI está amplamente demonstrada e historicamente comprovada. Esta capacidade foi novamente demonstrada na realização, em Belo Horizonte, de 11 a 14 de novembro de 2015, do XXIV Congresso Nacional. O Evento contou com a presença de um número significativo de participantes, com trabalhos de todas as regiões do Brasil e foi organizado sob a máxima Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

O destaque dado ao vínculo indissociável entre direito e política foi muito apropriado e perpassou as discussões dos mais de sessenta Grupos de Trabalho que compuseram o Evento. Entre estes grupos, um chamou diretamente a atenção para as imbricações profundas existentes entre Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito (GT 26). Este Grupo de Pesquisa permitiu o resgate da ideia de que a emergência dos governos limitados (portanto, submetidos ao império do direito) foi historicamente fundamental para a consolidação da cidadania, a ampliação da liberdade e para a garantia de melhores níveis de qualidade de vida.

O ponto de partida da análise referida foi que o poder possui várias formas de manifestações ao longo da história humana. Teve início ainda sob a forma da Cidade-Templo e se materializou, de forma mais institucional, com o aparecimento da chamada Cidade-Estado da Antiguidade Clássica. Em seguida, esta estrutura foi suplantada, por um lado, por uma estrutura máxima (mas um tanto decorativa) denominada Igreja (ou República Cristiana) e, por outro, pela fragmentação em inúmeros feudos e pequenas estruturas política de base agrária.

A formação atual do poder (grandes estruturas políticas) somente teve início no Século 13. Deste momento histórico até a vitória dos Estados soberanos modernos foi uma longa disputa pela supremacia e pelo poder entre as estruturas religiosas e as estruturas laicas. Este impasse somente foi resolvido (isto apenas em boa medida) com a chamada Guerra dos Trinta Anos e

com a supremacia política do Estado moderno soberano no Tratado de Paz de Westfália (1648).

Foi neste momento que a fragmentação política foi superada e que se afirmaram os Estados como uma estrutura política centralizada e capaz de fazer valer o seu poder, com êxito e de forma exclusiva, sobre um território e uma população específicos (Max Weber). Esta transformação foi um grande acontecimento político e foi justificada, entre outros, por Thomas Hobbes (1588-1679). Para este, o Estado é compreendido como o deus mortal que caminha sobre a Terra.

Com esta configuração, ficou mais evidente a afirmação que o poder político é, antes de mais nada, um poder do homem sobre outro homem. Assim, é possível dizer que o referido poder pode se concretizar de várias maneiras, mas sempre se expressa como uma relação entre governantes e governados, entre soberanos e súditos, entre Estado e cidadãos (Bobbio). Dito de outra forma, se expressa de forma mais evidente como uma relação de dominação. Mas, não apenas isto. É neste contexto que ele vai também passar se expressar como uma possibilidade de construção de uma boa vida (volta à valorização da cidadania e do desenvolvimento).

Para também expressar esta segunda possibilidade, é necessário, contudo, ainda uma nova mutação na estrutura poder: a sua submissão ao império do direito e a constituição. Esta mudança histórica tem início com as chamadas grandes revoluções dos Séculos 17 e 18 (Revolução Inglesa, Francesa e Norte-Americana) e somente vai se consolidar no decorrer do Século 20 (é neste período histórico que os chamados regimes democráticos passam a ter um valor positivo e o Estado passa a se constituir mais claramente como um Estado de direito em sentido forte como Estado Democrático de Direito). Esta é uma vitória extraordinária da liberdade.

Configurado desta forma, o poder político passa a fomentar mais claramente a solução pacífica dos conflitos (método de contar as cabeças) e a valorizar as autonomias individuais e o pluralismo político. É neste quadro que o Estado deixa de estar voltado a si próprio e passa a ter que busca sua legitimidade na nação, tornando o poder um lugar vazio (Lefort). Dito de outra forma, o limite do poder não se restringe àquilo que este pode ou não pode fazer em função da vontade geral, expressa na forma da lei, mas limita, também, a monopolização do poder por um indivíduo ou grupo. Além disso, este poder apenas será legitimo se exercido de acordo com as normas constitucionais. Desta forma, passa a ser um poder limitado e submetido às regras do jogo.

O GT 26 Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito dialogou, de forma aberta e democrática, sobre estas e outras questões relacionadas e, portanto, cumpriu o seu papel fundamental de ser um espaço de diálogo e de fomento ao exercício da cidadania e da constituição de sujeitos autônomos e voltados ao desenvolvimento do país.

Os Organizadores

NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO A DECISÃO JURISDICIONAL É PROFERIDA EM NOME DO POVO?

THE JUDICIAL DECISION IS ISSUED ON BEHALF OF THE PEOPLE IN THE DEMOCRATIC RULE OF LAW?

Isabella Fonseca Alves

Resumo

O presente artigo busca demonstrar que no Estado Democrático de Direito a decisão jurisdicional é proferida em nome do povo, vez que a legitimidade da ordem jurídica existente na concepção de Estado Democrático de Direito tem que ser democrática, já que adviria da sujeição dos órgãos jurisdicionais às leis emanadas pela vontade popular. Para tanto, pretende-se demonstrar que o Estado Democrático de Direito encontra-se em inacabada construção e quais seriam seus pilares formadores, quais sejam, os princípios do Estado de Direito e da democracia. Ainda, demonstrar-se-á a importância do poder como instrumento essencial do direito e o seu exercício através das funções do Estado. Após será explicado que o poder é uno e indivisível e o porque seu exercício deve ser em nome do povo, sendo feito o questionamento se é cabível no Estado Democrático de Direito o entendimento de que quando os juízes exercem a jurisdição, o fazem na qualidade de órgãos de sua soberania e quais as consequências desse entendimento. Demonstrar-se-á que o processo constitucional tem o papel de fortalecimento dessa legitimação democrática do Estado, e os pronunciamentos decisórios que descumpram qualquer dos princípios norteadores do processo constitucional, revelam-se desvinculados do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado democrático de direito, Legitimidade, Poder, Povo, Processo constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to demonstrate that in a democratic state the court decision is issued on behalf of the people, since the legitimacy of the existing legal system in the design of a lawful democratic state must be democratic, as would result from subjecting the courts to laws issued by the popular will. To this end, we intend to demonstrate that the law of a democratic state is in unfinished construction and what would be their trainers pillars, namely, the rule of law and democracy. Yet, it will be to demonstrate the importance of power as an essential tool of law and exercise through the state functions. After it will be explained that power is one and indivisible and why exercise should be on behalf of the people being made to question whether it is appropriate in a lawful democratic State the understanding that when judges exercise jurisdiction, do as organs of sovereignty and the consequences of this understanding. It will demonstrate that the constitutional process has the

role of strengthening this democratic legitimacy of the state, and decision-making pronouncements that breaks any of the guiding principles of the constitutional process, turn out to be disconnected from the democratic rule of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratic state, Legitimacy, Power, People, Constitutional process

1 INTRODUÇÃO

O povo, através de uma legitimidade democrática, deseja comparticipar e influenciar nas decisões politicas, jurídicas e administrativas, a fim de que se sinta representado e que efetivamente o poder possa ser exercido em nome dele. O seu descontentamento com as atividades do Estado aumenta expoentemente, principalmente com a crise que assombra o Brasil nos últimos tempos, o que faz por em credibilidade inclusive, se as decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito são proferidas em nome do povo. E mais, questionam se em muitas dessas decisões há uma prevalência concomitante da soberania e dos direitos fundamentais, já que muitas vezes certos julgados atentariam contra a ordem jurídica constitucional e a configuração principiológica do Estado Democrático de Direito e mesmo assim gerariam efeitos para uma pluralidade de cidadãos.

Por isso pretende o presente artigo analisar o Estado de Direito dentro de um sistema de legalidade normativa e o motivo dele não contemplar de forma inequívoca o princípio da democracia. Em seguida, pretende-se demonstrar que o Estado Democrático de Direito encontra-se em inacabada construção e quais seriam os pilares formadores da noção de Estado Democrático de Direito, quais sejam, os princípios do Estado de Direito e da democracia. Ainda, demonstrar-se-á a importância do poder como instrumento essencial do direito e o seu exercício através das funções do Estado. Após será explicado que o poder é uno e indivisível e o porque seu exercício deve ser em nome do povo, sendo feito o questionamento se é cabível no Estado Democrático de Direito o entendimento de que quando os juízes exercem a jurisdição, o fazem na qualidade de órgãos de sua soberania e quais as consequências desse entendimento.

Adiante, será destacada a função jurisdicional como atividade dever do Estado e direito fundamental do povo. Para isso será dada uma noção do que seria a jurisdição constitucional, o porquê da terminologia, a importância dos princípios diretivos da jurisdição que lhe são próprios e indispensáveis no Estado Democrático de Direito, e ainda buscamos responder se o sistema de proteção dos direitos fundamentais somente é implantado através garantias procedimentais constitucionais e a diferença entre eles.

Para responder a questão cerne desta pesquisa, qual seja, “no Estado Democrático de Direito a decisão jurisdicional é proferida em nome do povo?” será abordada a importância do fortalecimento da legitimidade democrática através do processo constitucional, o devido processo legal como principal alicerce do processo constitucional, devido a existência de um

bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais, a importância do quadrinômio estrutural do contraditório (informação- reação- diálogo- influência) na legitimação do conteúdo das decisões jurisdicionais e por fim responderemos o porque dos pronunciamentos decisórios que descumpram qualquer dos princípios norteadores do processo constitucional, revelam-se desvinculados do princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA INACABADA CONSTRUÇÃO

O Estado de Direito expressa a realidade de um Estado Moderno, representado por um sistema de legalidade normativa, que segundo Jorge Miranda, a expressão "Estado de Direito" seria de origem alemã, criada no século XIX, sendo o Estado de Direito já nos meados do século XX "o Estado em que para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade (seja a mera legalidade formal, seja mais tarde a conformidade com valores materiais) se eleva a critério e ação dos governantes" (MIRANDA, 2011, p. 33) e o Estado Constitucional seria o "Estado que assente numa Constituição fundadora e reguladora tanto de toda a sua organização como da relação os cidadão e tendente à limitação do poder"(MIRANDA, 2011, p. 33).

Destaca-se que mesmo o Estado de Direito, sendo considerado um Estado Constitucional (CANOTILHO, 1999, p. 85), permitiu que existisse, como explica Paulo Bonavides, "a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram e continuam sendo, nos dois últimos casos, Estados Sociais" (BONAVIDES, 1993, p. 180), de forma a demonstrar que o Estado de Direito por si só, através do próprio Estado Constitucional permitiu regimes políticos antagônicos, mas amparados por suas Constituições e leis, em completo respeito ao princípio legalidade.

Posteriormente, depois do período pós-Segunda Guerra Mundial, foi valorizada a necessidade de satisfação dos direitos humanos, e uma intensa limitação do poder estatal, buscando que o Estado fosse capaz de solidificar uma estrutura não somente de Direito, mas também democrática. Afinal, o Estado de Direito não contemplava de forma inequívoca o princípio da democracia. Por isso veio à tona o novo direito constitucional da metade do séc. XX, que "redefiniu o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas" (STRECK, BOLZAN, 2014, p. 105), e mais, como muito bem explicam Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan, o Estado de Direito, quando assumiu o feitio

democrático, teve como objetivo a igualdade e é com a noção de Estado de Direito "que a democracia se interpenetra, permitindo a redução das antíteses econômicas e sociais à unidade formal do sistema legal, principalmente através de uma Constituição" (STRECK, BOLZAN, 2014, p. 105), sendo neste momento em que Constituição "é colocada no ápice de uma pirâmide escalonada" (STRECK, BOLZAN, 2014, p. 105).

Luís Roberto Barroso explica que no Brasil, o que recebeu o nome de Estado Democrático de Direito, seria "aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia" (BARROSO, 2005, p. 220) em que se produziu uma nova forma de organização política, sendo que o renascimento do direito constitucional teria ocorrido, "no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão previa, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988" (BARROSO, 2005, p. 221), sendo considerado o princípio da constitucionalidade como "um dos concretizadores do Estado Democrático de Direito" (BARROSO, 2005, p. 222).

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, destaca que o Estado Democrático de Direito estaria "permanente estágio de inacabada consolidação, em outras palavras, espécie de projeto constitucional principiológico in feri" (DIAS, 2015, p. 3), e para que ocorra essa construção do Estado Democrático de Direito, o processo adequado seria o "processo constitucional legislativo, processo constitucional administrativo e o processo constitucional jurisdicional" (DIAS, 2015, p. 3), sendo este último objeto de análise do presente artigo. Essa leitura também é acompanhada por Mário Lúcio Quintão ao afirmar que o Estado Democrático de Direito "não se revela estrutura acabada, mas uma assunção instável, recalcitrante e, sobretudo, revisável" (SOARES, 2011, p. 216).

Contudo, para que seja esboçada uma noção do Estado Democrático de Direito objetivando compreendermos sua estruturação, seu viés principiológico e porque somente ele viabilizaria a legitimação das decisões judiciais em nome do povo, será objeto de análise do próximo item, a necessária junção entre o princípio democracia com o princípio do Estado de Direito.

2.1 A noção de Estado Democrático de Direito: necessária articulação entre os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito

Para Mário Lúcio Quintão, o Estado Democrático de Direito é constitucionalmente caracterizado como forma de racionalização da estrutura estatal constitucional e uma

adequada noção "exige redefinição dos princípios do Estado democrático e do Estado de direito, em seus modelos clássicos" (QUINTÃO, 2011, p. 214), sendo necessário ter uma nova ótica sobre a democracia "procedimentalista" [1], vez que essa não deve impor um conteúdo normativo e sim, a forma de como a relação Estado-sociedade deve dar-se, pois seria através das formas de comunicação que "o próprio cidadão deve ser capaz de conhecer seus problemas e criar soluções pertinentes" (QUINTÃO, 2011, p. 215). Neste sentido, Lênio Luiz Streck e José Luis Bolzan destacam que o risco de mitificação do Estado de Direito "pode ser matizado por sua adequação aos princípios democráticos – o que caracteriza o seu protótipo como Estado Democrático de Direito, a democracia vincula Estado e Direito – com o que estará sob constante interrogação democrática" (STRECK, BOLZAN, 2014, p. 106).

Com efeito, o Estado Democrático de Direito para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias seria "a junção de dois princípios jurídicos, o princípio da democracia e o princípio do Estado de Direito, amalgamados pelas normas constitucionais" (DIAS, 2015, p. 5). Neste sentido, através dessa articulação e entrelaçamento com base inclusive na doutrina alemã, a democracia como um princípio configurador de caráter formal e orgânico seria um "princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem do povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo poder emana do povo" (DIAS, 2015, p. 68). Isso porque o povo, como fonte de legitimação do poder, elege seus representantes que na construção de conteúdos normativos através de trabalhos legislativos, devem refletir o pensamento popular, sendo exatamente por isso que para Simone Goyard-Fabre a democracia é uma "obra humana a ser repensada e recomeçada, ela remete a condição humana, diante de toda a história, a seu sentido mais profundo e perturbador: sempre imperfeita, essa grande aventura humana é um fardo pesado a se carregar" (GOYARD-FABRE, 2003, p.349). Já o Estado de Direito por sua vez, como princípio material e procedimental incide através da vinculação e limitação do exercício de poder pelo Estado quando efetivamente institui o controle jurisdicional da legalidade dos atos da administração pública, protege juridicamente as pessoas por meio de decisões jurisdicionais geradas em contraditório e reconhece seus direitos fundamentais.

Por essa razão, a base jurídica constitucional dos fundamentos do Estado de Direito, estaria em um conjunto de normas jurídicas encontradas no texto constitucional, dentre as

[1] HABERMAS, as democracias preenchem o "mínimo procedimentalista" na medida em que garantem a participação política do maior número de pessoas; a regra da maioria para as decisões; os direitos comunicativos usuais; e a proteção da esfera privada.

quais, destacam-se o princípio da igualdade, o princípio da reserva legal, o direito a jurisdição pela garantia do devido processo legal, o princípio da separação das funções do Estado, os princípios que regem a administração pública, princípio da responsabilidade do Estado pelos danos causados aos particulares, princípio da independência dos juízes, princípio da fundamentação das decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais.

Cumpre destacar, que a legitimidade do domínio político e a legitimação do exercício do poder do Estado estruturam constitucionalmente o Estado Democrático, sendo que são instrumentalizadas através do sufrágio universal em que o povo escolhe os seus representantes, do plebiscito, referendo, audiências públicas, que de forma determinante possibilitam que o povo exerça participação decisiva na resolução de problemas e questões nacionais e principalmente através do processo constitucional. Destaca-se a importância de se compreender o povo como fonte de legitimação do poder na noção de democracia, razão pela qual André Del Negri, designa o povo como "sujeito constitucional", na medida em que deve ser assegurado a ele "a condição de protagonista das decisões mediante compartilhamento decisório (discurso que vincula todos os seres humanos que estão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais) (NEGRI, 2008, p. 57), sendo que além de ser fundamento da democracia, a cidadania "é o comprometimento com os fundamentos de auto-existência e esta inclusão deve ser solicitada pelo processo (direito garantia de reivindicar e fiscalizar os direitos assegurados na Constituição)." (LEAL, 2010, p.57)

Por essa razão, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que o Estado constitucional é mais do que Estado de Direito, na medida em que o elemento democrático não foi apenas introduzido para travar o poder, foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder. Por isso a importância do princípio da soberania popular vez que somente ele "assegura e garante o direito a igual participação na formação democrática da vontade popular" (CANOTILHO, 1999, p. 98). Assim, o princípio da soberania popular "concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de charneira entre o Estado de Direito e o Estado democrático, possibilitando a compreensão da moderna formula Estado de direito democrático" (CANOTILHO, 1999, p. 100). Neste sentido, Habermas conceitua o Estado Constitucional como "uma ordem politica livremente estabelecida pela vontade do povo de modo que os destinatários das normas legais, podem ao mesmo tempo, se reconhecerem com autores da lei" (HABERMAS, 1995, p. 92)

2.2 O poder uno e indivisível e de seu exercício em nome do povo

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2015, 9-17), ao objetivar trazer uma noção de poder, vez que o estudo do poder, é de extrema importância para teoria do direito devido ao modo como o poder é exercido interferir diretamente em toda ordem jurídica, perpassou pela doutrina de Baracho, Luiz Streck, Norberto Bobbio, Karl Loewenstein, Verdú, Stein, Habermas, Kelsen, Jellinek, Georges Burdeaux, Canotilho, Marcelo Caetano, Maurice Duverger, Luiz Sanches Agesta, Jorge Miranda e Carré de Malberg, para trazer a noção de que o poder tem como um de seus instrumentos essenciais o direito, vez que através de procedimentos fundamentais do exercício do poder (Códigos, Constituições, decisões jurisdicionais) associados com os elementos legitimidade e coação que o Estado exerce o seu poder. Neste mesmo sentido, afirma Jorge Miranda ao explicar que "o Estado esta adstrito ao seu próprio Direito positivo, seja este qual for, por uma necessidade lógica de coerência e de coesão social" (MIRANDA, 2011, p.113), afinal, o Estado não pode viver à margem do Direito, "ele sempre atua através de processos e procedimentos jurídicos ou de operações materiais que remontam normas jurídicas de competência" (MIRANDA, 2011, p.114), e é exatamente por isso que "o Estado surge em virtude de se instituir um poder que transforma uma coletividade em povo" (MIRANDA, 2011, p.115), sendo que a própria criação revolucionária do poder é portadora de juridicidade plena.

Nesse contexto, explica Mário Lúcio Quintão, que sob a perspectiva da legitimidade e da legalidade, "o poder da organização estatal diferencia-se de qualquer outro pela espécie de coação que se aplica, bem como pela específica relação de dominação com o território" (SOARES, 2011, p. 26) sendo que questão substancial concernente ao poder é a legitimidade que "exige a consonância do poder com a opinião pública e os princípios da ordem jurídica vigente" (SOARES, 2011, p. 27) e destaca-se a importância da legalidade através da "conformação do poder constituído com as disposições de um texto constitucional precedente" (SOARES, 2011, p. 26).

Dentro dessa perspectiva, sendo o poder exercido através do direito, seriam através das funções do Estado (função legislativa, função jurisdicional e função executiva), que ocorreria um processo de atuação jurídica do poder, e por isso a importância de se entender que o poder é uno e não comporta divisões, sendo o povo sua única fonte e é em nome dele que o poder é exercido, sendo exatamente por esse motivo que Rosemiro Pereira Leal afirma ser necessário voltar ao povo, para concretização dos direitos da democracia, vez que "em nível de Direito Democrático é o que o direito ruim, bom certo ou errado, há de ser produzido pelo povo" (LEAL, 2010, p.57), afinal, o Estado apenas detém a soberania em nome do povo, sendo que

“a soberania, como instituição jurídica, por seus fundamentos pressupõe necessariamente a intervenção processual do povo de uma nação no regramento e fiscalização processual da conduta do Estado e de seu comprometimento com os direitos fundamentais.” (LEAL, 2005, p. 50).

Por essa razão, consideramos tecnicamente incorreta a ideia de tripartição do poder estatal, afinal “a esclerosada e deturpada teoria da tripartição dos poderes restou revisada por importantes manifestações doutrinárias produzidas nos últimos cem anos e amplamente criticada, por sugerir a ideia de fragmentação ou divisão do poder e de fracionamento da soberania do Estado” (DIAS, 2015, p.18), razão pelo qual preferimos a expressão “funções” e não poderes, como comumente repetido nos trabalhos acadêmicos e dispositivos legais, ignorando os ensinamentos da esmagadora doutrina publicista sendo certo, como sintetiza Ronaldo Brêtas que da leitura da obra de Montesquieu, percebe-se que este “não concebeu uma teoria da separação absoluta ou rígida dos poderes do Estado, mas desenvolveu a ideia de que as três espécies de poder fossem distribuídas de forma obediente ao princípio do equilíbrio” (DIAS, 2015, p. 19) sem utilizar uma vez se quer a expressão separação de poderes. Afinal, as três funções do Estado são complexos de órgãos em que normas da Constituição atribuíram competências para o exercício de funções fundamentais do Estado. Neste sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho, ao discorrer sobre as funções do Estado destacou:

> A teoria rígida e inflexível não esta no próprio Montesquieu, mas em muitos de seus interpretes que lhe deram contornos rigorosos. Tendência mais aceita é aquela que ensaia preservar a teoria, graças a uma interpretação renovada da formula de Montesquieu, não como separação impossível, mas distinção funcional entre os órgãos do Estado.” (BARACHO, 1984, p. 27)

Ponto primordial é entender que sendo o poder uno e indivisível e seu exercício em nome do povo, não é cabível no Estado Democrático de Direito o entendimento de que como os juízes integram o “Poder Judiciário” quando exercem a jurisdição, “sob a delegação do Estado, o fazem na qualidade de órgãos de sua soberania” (DIAS, 2015, p.18) entendendo que “o poder Judiciário pudesse ser considerado um poder estanque do Estado e o exercício da atividade jurisdicional um dos privilégios da soberania” (DIAS, 2015, p.18). Dessa interpretação deturpada de soberania, poder e funções do Estado, reflete em doutrinas e julgados que não encontram guarida no Estado Democrático de Direito. Um bom exemplo seria o precedente do Superior Tribunal de Justiça (ERESP 319.997-SC) em que o Ministro Humberto de Gomes de Barros destacou “não me importa o que pensam os doutrinadores.

Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade de minha jurisdição". De forma a combater esse deturpado entendimento, Cattoni de Oliveira explica que "a Constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional. Nenhum deles podem compreender o exercício de suas funções como substituição do papel dos cidadãos em uma democracia" (OLIVEIRA, ANDRADE, 2009, p. 325) sob pena de se dar continuidades a tradições autoritárias com as quais a Constituição vem romper. Neste mesmo sentido, Lênio Streck afirma que "o processo hermenêutico não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do interprete" (STRECK, 2015, p. 3), que para Dierle Nunes ocasionaria:

> A degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, gerará claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo , que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e um policentrismo processual. (NUNES, 2008, p. 60).

Um outro exemplo de interpretação equivocada de soberania, poder e funções do Estado seria o entendimento de Hermes Zaneti Júnior em sua obra "Processo Constitucional: o modelo constitucional de processo civil", que apesar de receber o nome processo constitucional, defende que o juiz poderia agir com base numa atividade criacionista da norma em que "na concepção de norma específica" o juiz atuaria "como politico, com a ponderação de critérios de conveniência (proporcionalidade) advindos de sua sensibilidade e humanidade, sempre dentro do ordenamento constitucional" (ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 188). Afinal, esse entendimento cria uma imunização das decisões jurisdicionais de qualquer controle sendo que exercício da função jurisdicional é limitado por normas constitucionais e infraconstitucionais e o respeito a garantias fundamentais.

3 FUNÇÃO JURISDICIONAL

José Alfredo de Oliveira Baracho (1984, p.80), destaca que a jurisdição apesar de ter um conceito unívoco, que não comporta divisões ou fracionamento, possuí várias espécies (jurisdições especiais, jurisdição administrativa, jurisdição constitucional, jurisdição constitucional da liberdade). De forma determinante, não é nosso objetivo explicar de forma pormenorizada estas concepções, até por entender que a jurisdição é una e que algumas divisões são meramente didáticas e possuem uma certa atecnia, afinal, seria "contraditório afirmar que exista mais de uma jurisdição, em um mesmo Estado" (DIAS, 2015, 80), e

claramente “essas caracterizações são desprovidas de rigor cientifico porque a jurisdição é una e indivisível.”(DIAS, 2015, 81).

Através de uma noção constitucional e estruturante do Estado Democrático de Direito, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, entende ser a função jurisdicional “atividade-dever do Estado, prestada pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição, somente exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional” (DIAS, 2015, p. 38). Essa leitura também é compartilhada por Adriano Lúcio dos Santos (2013, p.12) ao afirmar que é responsabilidade do Estado prover a jurisdição, vez que ela somente se visualizaria como direito do cidadão ou do povo e garantia fundamental, sendo certo que o Estado jamais poderá deixar de apreciar as demandas levadas à sua tutela, devendo sempre ser prestada por órgãos competentes, sendo que para José Alfredo de Oliveira Baracho (1999, p. 118) somente assim, se pressuporia a efetivação do direito por meio de um processo judicial capaz de concretizar e consolidar determinadas garantias.

3.1 Da Jurisdição constitucional

De inicio, cabe esclarecer que optamos por utilizar a terminologia jurisdição constitucional vez que compactuamos com o entendimento de Ronaldo Brêtas, que a jurisdição é figura manifestamente constitucionalizada, “permitindo-lhe sentido técnico mais preciso e vigoroso, daí se falar em jurisdição constitucional” (DIAS, 2015, p.52) entendida como “atividade jurisdicional exercida pelo Estado objetivando tutelar o princípio da supremacia da Constituição e o de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana nele estabelecidos” (DIAS, 2015, p.52). Essa base principiológica é muito importante, pois segundo Luís Roberto Barroso geraria “uma nova interpretação constitucional” baseada “em um modelo de princípios, aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao interprete proceder à interação entre fato e norma” (BARROSO, 2009, p. 314) que não seria a interpretação tradicional pois esta estaria baseada em um “modelo de regras, aplicáveis mediante subsunção, cabendo ao interprete revelar o sentido das normas” (BARROSO, 2009, p. 314).

Para José Luiz Quadros de Magalhães a jurisdição constitucional adviria de uma “Constituição como um sistema lógico de regras, princípios setoriais e princípios fundamentais que, integrados por um valor maior, a ideologia constitucionalmente adotada, criam a solução normativa justa para o caso concreto especifico, a partir da correta

interpretação da Constituição" (MAGALHÃES, 2010, p. 108), sendo que para Luís Roberto Barroso, "nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravier o sentido da Constituição" (BARROSO, 2009, p.107). Para José Alfredo de Oliveira Baracho, a jurisdição constitucional compreenderia "o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais: habeas corpus, mandando de segurança e ação popular" (BARACHO, 1984, p. 45).

Diante desse ajuste principiológico da jurisdição, torna-se imprescindível que tenhamos a noção de que os princípios e a regras são espécies do gênero norma jurídica, que segundo Alexy "princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios, é portanto, uma distinção entre dois tipos de normas" (ALEXY, 2008, p. 87), o que faz inclusive Paulo Bonavides (2002, p. 258), defender a ideia de que "os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo" isso ocorreria porque eles "espargem claridade sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam" (BONAVIDES, 2002, p. 258). Para Canotilho (1999, p. 1099), "os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas foram com os primeiros uma unidade material". Para Marcelo Galuppo, os princípios seriam "normas jurídicas prima facie que se aplicam na maior medida possível" (GALUPO, 2009, p. 141) sendo que o conflito entre princípios "não implica a revogação de um deles" sendo necessário que o magistrado explique porque no caso concreto um princípio tem precedência sobre o outro. Com relação as regras, elas seriam "normas definitivas que se aplicam ou não" (GALUPO, 2009, p. 142), aplicadas a qualquer momento, podendo uma ser revogada diante do conflito com outra na aplicação no caso concreto.

Após analisarmos essa dimensão dos princípios regras e normas, é necessário compreender que a jurisdição recebe um arcabouço constitucional, através de princípios diretivos que lhe são próprios e indispensáveis no Estado Democrático de Direito, sendo verdadeiros elos de integração da jurisdição com o sistema constitucional qual sejam: o juízo constitucional; a vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito; supremacia da Constituição Federal, reserva do legal, o devido processo constitucional, a fundamentação das decisões jurisdicionais (conectada ao princípio do contraditório e da congruência) e o princípio da eficiência jurisdicional.

3.2 Jurisdição como direito fundamental do povo

Inicialmente, cumpre destacar que a expressão direitos fundamentais foi cunhada pelos franceses, conforme destaca José Adércio Leite Sampaio (2010, p.9) por volta de 1770, em um contexto politico, social e cultural que gerou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que para Ronaldo Brêtas "são os direitos essenciais do ser humano ao valor e à natureza da própria condição humana" (DIAS, 2015, p. 67) e "referidos nos textos constitucionais e doutrinários por direitos fundamentais" (DIAS, 2015, p. 91). Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins os "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" (DIMOULIS, MARTINS, 2011, p. 49), o que ocasionariam entre o povo e o Estado uma vinculação permanente de proteção.

O povo, além de legitimador do poder estatal, é também titular desses direitos fundamentais. Contudo, o sistema de proteção dos direitos fundamentais somente é implantado efetivamente através das garantias procedimentais constitucionais, afinal não basta consagrar os direitos fundamentais nas Constituições sem que seja dada plena efetividade a eles, vez que se "não fosse assim, os enumerados direitos fundamentais somente serviriam para aformosear o texto da Constituição ou para revesti-lo de inócuo ornamento retórico" (DIAS, 2015, p. 91). Exatamente por isso que Ronaldo Bretas faz a distinção entre direitos fundamentais e as garantias fundamentais. Em que os Direitos Fundamentais "são os direitos humanos expressamente enumerados e declarados no ordenamento jurídico-constitucional" (DIAS, 2015, p. 91). Já as garantias constitucionais "compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (devido processo constitucional ou modelo constitucional de processo) e formadoras de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente aptos e lhes assegurar plena efetividade" (DIAS, 2015, p. 91).

Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins as chamadas garantias fundamentais "correspondem às disposições constitucionais que não enunciam direitos, mas objetivam prevenir e/ou corrigir uma violação de direitos" (DIMOULIS, MARTINS, 2011, p. 57) em que tem-se as repressivas e preventivas, sendo as primeiras impedem a violação de direitos ou sanar lesões decorrentes de tais violações através de remédios constitucionais, e as segundas seriam "princípios de organização e fiscalização das autoridades estatais que objetivam limitar o poder estatal" (DIMOULIS, MARTINS, 2011, p. 57).

A jurisdição é direito fundamental de toda pessoa, vez que esta incluído na Constituição brasileira de 1988 em seu art.5º, inciso XXXXV, quando preceitua que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" e será através da vinculação do ato jurisdicional ao Estado Democrático de Direito e sendo praticado em um processo devidamente constitucionalizado, através das garantias procedimentais constitucionais, que ocorrerá a fruição deste direito. Neste sentido, Gilmar Mendes afirma "Não há Estado de Direito, nem Democracia, em que não haja proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais". (MENDES, 2011, p. 463)

De forma determinante, nota-se que a declaração final do Estado advindo de dever de prestar a jurisdição, após ser provocado por qualquer do povo, não pode ser um ato isolado do órgão jurisdicional ao arbítrio do juiz, mas resultante de efetiva participação em contraditório dos interessados, sendo por isso que Ronaldo Bretas de Carvalho Dias conjectura que "no Estado Democrático de Direito, que visualizamos como princípio, a função jurisdicional somente se concretiza dentro da moderna e inafastável estrutura constitucionalizada do processo". (DIAS, 2015, p. 37). Sendo por esse motivo que passamos a estudar no próximo item o processo constitucional, vez que a jurisdição somente pode ser exercida por meio dele.

4 PROCESSO CONSTITUCIONAL

Em face do princípio do Estado Democrático de Direito "a função jurisdicional somente se concretiza dentro da moderna e inafastável estrutura constitucionalizada do processo" (DIAS, 2015, p. 44). Nessa conjectura, será objeto deste capítulo, um estudo específico sobre o processo constitucional, vez que a decisão jurisdicional que não observa a garantia do devido processo constitucional, não esta gabaritada de legitimidade democrática e revela-se desvinculada do Estado Democrático de Direito.

Em obra pioneira (Processo Constitucional) publicada em 1984, José Alfredo de Oliveira Baracho (1984, 146), destaca que o Processo Constitucional "visa a proteção dos princípios constitucionais, especialmente aqueles conferidos aos indivíduos, para se oporem às decisões legitimas das autoridades públicas". Contudo, é necessário ressaltar que quando Baracho escreveu sua obra, ele pretendeu adequar o processo constitucional ao Estado Social Democrático, através da auto-organização da sociedade e o "exercício dos direitos fundamentais com a superação das formas de atraso econômico e social" (BARACHO, 1984, p.361) que adviriam do Estado Liberal. Por isso, importante obra que se baseia no processo

constitucional de Baracho, mas o adequa ao princípio do Estado Democrático de Direito e por isso um dos pilares do presente trabalho é a obra de Ronaldo Bretas de Carvalho Dias (Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito) em que o Processo constitucional é metodologia "de obtenção do pronunciamento estatal decisório reivindicados pelas partes, única forma de lhe permitir, democraticamente, dentro de um espaço procedimento cognitivo-argumentativo informado pelo contraditório e pela ampla defesa" (DIAS, 2015, p.40) a possibilidade de quem sejam individualizadas "normas jurídicas abstratas e gerais integrantes do ordenamento jurídico que deverão incidir na solução das particularidades do caso concreto reconstruído dialeticamente no processo"(DIAS, 2015, p.41), sendo que a função jurisdicional, somente se concretiza no Estado Democrático de Direito, dentro da moderna e inafastável estrutura constitucionalizada do processo.

Para André Del Negri, o Processo Constitucional relaciona-se como "instituição regenciadora de todo e qualquer procedimento (devido processo legal), a fim de tutelar provimentos seja administrativo, legislativo ou judicial" (2008, p.118), afinal seria através do processo constitucional que ocorreria a participação de todos os interessados no provimento final, no ato administrativo ou na lei, sendo por isso que o Processo Constitucional resultaria em um "recinto de isonomia argumentativa ampla e simultânea" (DEL NEGRI, 2011, p.41), o que garantiria de forma efetiva um espaço de discurso ao cidadão.

4.1 Devido processo constitucional

Sendo o processo constitucional uma principiologia metodológica constitucional de garantia dos direitos fundamentais, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, traz a noção de que o devido processo legal seria "o principal alicerce do processo constitucional ou modelo constitucional do processo" (DIAS, 2015, p. 64) vez que a decisão jurisdicional "não é ato solitário do órgão jurisdicional" (DIAS, 2015, p. 65), pois esta deve ser produzida sobre o devido processo constitucional, através de sua disciplina constitucional principiológica, por meio da "garantia fundamental de um estrutura normativa metodológica (devido processo legal)" (DIAS, 2015, p. 65), fazendo com que as partes possam efetivamente participar e influenciar no provimento final, sendo que para José Alfredo Baracho, a efetivação do processo constitucional se dá através de "pressupostos, bem como da consagração dos procedimentos que garantem os direitos das partes, outorgando-lhes oportunidade razoável para defender-se e fazer valer suas provas" (BARACHO, 2006, p. 13), o que para Marcelo

Cattoni traria ao cidadão através do modelo constitucional de processo, “o exercício da autonomia jurídica, pela aplicação do devido processo legal”(2009, p. 257).

Através da estrutura normativa do devido processo legal, devem ser afastadas decisões que são frutos do convencimento solitário do juiz e de seus elementos subjetivos, como muito bem explica Rosemiro Pereira Leal (2010, p.43) “não é 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 processo democrático em suas incidências substancial de garantias implantadas e aplicadas constitucionalmente do modo adequado, sendo que o devido processo legal “como direito-garantia constitucional, rompe com o conceito privatístico de direito pela confiança reciproca em que o Estado-juiz é o depositário público da confiança da Sociedade Civil para resolver litígios e garantir uma suposta paz social” (LEAL, 2010, p.44). Neste sentido, Gustavo de Castro Faria (2012, p. 96) destaca que a “segurança jurídica no plano do processo democrático” advém do devido processo legal, sendo que “supera tanto a previsibilidade das decisões como a estabilidade da lei positiva”.

O devido processo legal deve ser entendido como “bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica do processo perante os órgãos jurisdicionais”, que como muito bem explica Ronaldo Brêtas (DIAS, 2015, 165), o devido processo legal é a viga mestra do processo constitucional, possuindo pontos estruturantes que seria direitos e garantias fundamentais tais como: “(a) direito de amplo acesso à jurisdição; (b) garantia do juízo natural; (c) garantia do contraditório; (d) garantia da ampla defesa, com todos os recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído o direito à presença de advogados ou de defensor público; (e) garantia de fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); (f) garantia de um processo sem dilações indevidas”.

Por isso a importância do devido processo constitucional (disciplina constitucional principiológica), que através do devido processo legal, faz com que tenha uma verdadeira estrutura dialógica de formação de provimentos, no momento em que esses provimentos são construídos levando em consideração os argumentos desenvolvidos em contraditório pelas partes envolvidas e sua efetiva participação, como salienta Ítalo Andolina (1997, p. 69) “o processo projeta sobre novas realidades o mistério de sua necessidade, organizando-se à sua imagem e semelhança, segundo as inalienáveis regras de participação, do contraditório, da paridade das armas, da imparcialidade, da transparência e assim por diante” e complementa

José Cirilo de Vargas (1992, p.188) sobre essa estrutura dialógica que o "caráter de efetiva participação no processo deve basear-se no respeito às normas fundamentais".

Assim, para que se tenha o exercício constitucionalizado da função jurisdicional e uma decisão vinculada ao Estado Democrático de Direito, que possibilitará uma forma de estruturação procedimental como legitimação do conteúdo das decisões através da instalação do quadrinômio estrutural do contraditório na dinâmica do procedimento, faz necessário o estudo do quadrinômio em que será objeto de detalhamento o próximo subitem.

4.2 Do "quadrinômio estrutural do contraditório" como legitimação do conteúdo das decisões jurisdicionais

No Estado Democrático de Direito, é necessário que a decisão jurisdicional seja fruto de um debate prévio das partes, não sendo mais cabível que o contraditório seja tratado como uma mera bilateralidade ou contrariedade dos atos processuais, vez que neste caso a decisão seria fruto de um mero solípsismo do juiz e não haveria legitimação democrática, devido à inexistência de comparticipação dos sujeitos processuais. Como muito bem explica Dierle José Coelho Nunes o contraditório de princípio fundante do sistema processual de contornos jus-naturalista foi sendo reduzido "a uma mera sucessão formal de direitos e obrigações, nos moldes dimensionados por uma teria da relação jurídico processual e pela transição a uma ordem assimétrica na qual o juiz assumiria uma supremacia".(NUNES, 2008, p.258) Afinal, a decisão jurisdicional não pode ser uma expressão da vontade do decisor, em que aplica-se a normatividade com inovações solitárias e voluntarística, sendo mais que necessário uma nova ótica estrutural do contraditório.

Pois bem, para que o Estado Democrático de Direito tenha uma estruturação procedimental de forma a legitimar o conteúdo das decisões jurisdicionais, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, criou o "quadrinômio estrutural do contraditório" (DIAS, 2015, p. 133) sendo constituído pelos elementos "informação- reação- diálogo- influência como resultado logico-formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões" (DIAS, 2015, p. 134) devendo este ser instalado na dinâmica do procedimento, para que esta forma de estruturação procedimental através da comparticipação de todos os sujeitos processuais obtenha-se a "implementação técnica de Direitos e garantias fundamentais ostentados pelas partes" (DIAS, 2015, p. 135).

Destaca-se a importância de se compreender a inclusão do quarto elemento influência no quadrinômio, vez que não basta o diálogo entre as partes como seria no trinômio (informação, reação, diálogo), se as partes não influenciarem na decisão final. Por isso, numa perspectiva normativa, o contraditório teria o papel fomentador e garantidor da comparticipação e do debate, pois "seria, assim, resgatado o seu papel fundamental no dimensionamento processual, de forma a assegurar a influência dos argumentos suscitados por todos os sujeitos processuais e garantir que, nas decisões, não apareçam fundamentos que não tivessem sido submetidos ao espaço público processual" (NUNES, 2008, p.133), sendo certo que a democratização processual se imporia nos discursos de aplicação normativa, se efetivamente fosse assegurado "um contraditório dinâmico como garantia de influência, com base em uma logica policêntrica e comparticipativa" " (NUNES, 2008, p.134), sendo essencial que os sujeitos processuais saibam manejar as técnicas processuais de modo responsável e interdependente.

O contraditório, nessa perspectiva do "quadrinômio estrutural" (DIAS, 2015, p.133), impõe que o agente público julgador seja "um juiz-dialogador do processo" (DIAS, 2015, p.134),, em que efetivamente as partes possam contribuir para a construção do provimento em conjunto com o magistrado, sendo certo que no Novo Código de Processo Civil, através da comparticipação e do policentrismo processual, visa exatamente implantar essa concepção de contraditório na dinâmica do procedimento, quando em seu art. 10º[2] veta a decisão surpresa, em seu artigo 489, §1º evidencia que o provimento somente será legitimo se for resultado daquilo que foi produzido em contraditório no processo, e também destaca em seu art. 6º a necessidade de que os sujeitos processuais cooperem entre si, através de uma comparticipação.

[2]Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

De forma determinante, tem-se a importância do “contraditório como influência e não surpresa” (NUNES, 2008, p. 69), que conforme Lenio Streck e Lúcio Delfino “as partes têm o direito fundamental a participar do provimento jurisdicional a que se submetem” (STRECK, DELFINO, 2014, p. 3), já que existe um agir predominantemente estratégico das partes com as limitações impostas pela estruturação comunicativa, sendo certo que de fato há papeis distintos, mas que todos os sujeitos processuais, cooperam para o resultado final, sendo que cada sujeito tem seu papel institucionalizado para que possa concorrer, à sua maneira para a formação do resultado.

Através da estrutura argumentativa das partes, em que seus argumentos sejam levados em consideração e possam influenciar na decisão final, através de um policentrismo e uma comparticipação, será produzida uma decisão fundamentada através de efetiva participação das partes na construção desta decisão que lhe atinge, o que para Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

> Seria num contexto contemporâneo de democracia participativa, a legitimidade do judiciário só pode ser encontrada na racionalidade de suas decisões, de forma a permitir ao cidadão e, especialmente, às partes a apuração e o exame da fundamentação de cada uma delas. Logo, a fundamentação das decisões judiciárias, bem como de qualquer decisão estatal é elemento indispensável na formação do Estado Democrático de Direito. (CRUZ, 2004, p.6)

4.3 Da legitimidade democrática dos pronunciamentos jurisdicionais feitos no processo: da decisão jurisdicional proferida em nome do povo

A legitimidade da ordem jurídica existente na concepção de Estado Democrático de Direito tem que ser democrática, vez que adviria da sujeição dos órgãos jurisdicionais às leis emanadas pela vontade popular, devendo as decisões jurisdicionais ser proferidas em nome do povo. Por esse motivo, Aroldo Plinio Gonçalves (1992, p.41) perquire que “as ordens jurídicas modernas proclamam que todo poder emana do povo e em seu nome é exercido, que a soberania pertence ao povo ou à nação”, sendo certo que o Estado enquanto representante da sociedade politicamente organizada pelo Direito, ao assumir o poder em nome da nação, exerce a função jurisdicional, e para concretiza-la, os pronunciamentos decisórios emanados dos órgãos prestadores da jurisdição, “são atos estatais imperativos, que refletem manifestação do poder político do Estado em nome do povo” (BARACHO,1999, p. 119)

E é exatamente devido a importância dessa legitimação democrática que Constituições e Códigos de Processo Civil de alguns países afirmam que decisões

jurisdicionais devem ser proferidas em nome do povo, como seria o caso do Código de Processo Civil Italiano, no artigo 132, ao prescrever que a sentença é pronunciada em nome do povo italiano, destaca-se também o Código de Processo Civil francês de 200, no art. 454 quando preceitua o julgamento é entregue em nome do povo francês, além da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

Diante dessa estrutura de legitimação democrática do Estado Democrático de Direito, através de decisões jurisdicionais que devem ser proferidas em nome do povo, o processo constitucional jurisdicional tem papel imprescindível, pois é através dele que se tem "o fortalecimento dessa legitimação democrática do Estado," (DIAS, 2015, p.30) no momento em que o povo quando detectar que a norma jurídica esta em colisão com direitos e garantias fundamentais, provocará a jurisdição, afinal, "o processo constitucional é metodologia de garantia dos direitos fundamentais" (BARACHO, 1999, p. 199).

Para Lênio Streck tem-se uma Constituição fundada em duas características essenciais que seriam a função e a legitimidade, onde a função projeta-se uma Constituição não somente para "impedir um governo autoritário e instaurar em seu lugar um governo limitado, mas também, garantir os direitos do cidadão , impedindo que o Estado o viole" (STRECK, 2013, p. 112) e, quanto à legitimidade, esta se concentraria também no "fato de emanar de vontade do povo." (STRECK, 2013, p. 112).

Portanto, no Estado Democrático de Direito a decisão jurisdicional é proferida em nome do povo, sendo certo que pronunciamentos decisórios que descumpram qualquer dos princípios norteadores do processo constitucional, revelam-se desvinculados do princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, vez que além de não legitimar constitucionalmente, podem configurar um ilícito gerando o dever de indenizar, o que nas palavras de André Cordeiro Leal, a decisão jurisdicional que "desconsidere ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no seu iter procedimental será inconstitucional e, a rigor não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade" (LEAL, 2012, p. 105).

5 CONCLUSÃO

O Estado de Direito apesar de ser representado por um sistema de legalidade normativa, permitiu regimes jurídicos antagônicos (Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista), mas amparados por suas Constituições e leis, em completo respeito ao princípio legalidade. Contudo, o Estado de Direito não contemplava de

forma inequívoca o princípio da democracia e foi somente após a influência do novo direito constitucional, que redefiniu o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional, que o Estado de Direito assumiu o feitio Democrático.

O Estado Democrático de Direito é a junção do princípio da democracia e o princípio do Estado de Direito entrelaçados pelo processo constitucional, sendo a democracia fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem do povo, e o Estado de Direito vinculação e limitação do exercício de poder pelo Estado, encontrando-se o Estado Democrático de Direito em permanente estágio de inacabada consolidação.

Dessa forma, o poder é uno e indivisível, não comporta divisões e é de titularidade do povo. As três funções do Estado (executiva, jurisdicional e legislativa) são funções e não poderes e existe uma deturpação da teoria de Montesquieu que não criou uma separação dos poderes como comumente é interpretada. Essa interpretação indevida faz com que entendam que a função jurisdicional é um poder estanque e seu exercício soberano, gerando decisões desvinculadas do princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

A jurisdição é atividade dever do Estado e direito fundamental do povo e por ser figura manifestamente constitucionalizada, é denominada de jurisdição constitucional, devendo esta ser exercida sobre o direito de ação, através da estrutura constitucionalizada do processo.

O processo constitucional é uma principiologia metodológica constitucional de garantias dos direitos fundamentais, tendo com viga mestra o devido processo legal que é um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, sendo através dele que tem-se uma estrutura dialógica de formação de provimentos, em que se proporciona às partes um espaço cognitivo argumentativo, através de uma legitimidade democrática, para que o sujeito constitucional seja abrangido pelo pronunciamento estatal.

Para que se obtenha legitimação do conteúdo das decisões jurisdicionais, o contraditório, princípio componente do devido processo legal, não pode ser tratado com mera bilateralidade, haja vista a necessidade de comparticipação dos sujeitos processuais e o policentrismo processual, sendo certo que a forma adequada para tal objetivo é que seja instalado na dinâmica do procedimento, o quadrinômio estrutural do contraditório (informação- reação- diálogo- influência) para que efetivamente as partes possam contribuir para a construção do provimento em conjunto com o magistrado.

Por fim, no Estado Democrático de Direito a decisão jurisdicional é proferida em nome do povo, vez que a legitimidade da ordem jurídica existente na concepção de Estado Democrático de Direito tem que ser democrática, já que adviria da sujeição dos órgãos

jurisdicionais às leis emanadas pela vontade popular, sendo que o processo constitucional tem o papel de fortalecimento dessa legitimação democrática do Estado, e os pronunciamentos decisórios que descumpram qualquer dos princípios norteadores do processo constitucional, revelam-se desvinculados do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDOLINA, Ítalo**. O papel do processo na atuação do ordenamento jurídico constitucional e transnacional**. Revista do Processo, v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul./set. 1997.

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

_____, **Teoria geral do processo constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 2, ns. 3 e 4, p. 89-154. Belo Horizonte 1º e 2º sem. 1999.

_____, **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos.** Belo Horizonte: Forúm, 2006.

BARROSO, **Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 5ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____, **Curso de Direito Constitucional.** 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jurgem Habermas**. In

GALLUPO, Marcelo Campos (Coord.). Constituição e democracia: fundamentos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 235-262.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro: Para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal e transcendental de constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social.** 12 de set. de 2005. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto862.rtf. Acesso em 20 de jul. 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática.** 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____, **Processo Constitucional e decisão interna corporis.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3ª ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do Direito: reflexões no contexto da processualidade democrática.** Belo Horizonte: Arraes, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia? Trad. Claudia Berliner.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio**. Técnica Processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro, Aide, 1992.

HABERMAS, Jurgen**. O Estado Nação Europeu Frente aos Desafios da Globalização. In Revista Novos Estudos.** São Paulo: CEBRAP, n.43, p.92, nov. 95.

HUMBERTO THEODORO, Júnior. NUNES, Dierle José Coelho. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LEAL, André Cordeiro**. O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL. Rosemiro Pereira. **Direito econômico: soberania e mercado mundial.** 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. **Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático.** Curitiba: Juruá, 2008.

QUINTÃO SOARES, Mário Lúcio, **Teoria do Estado: novos paradigmas em face a globalização.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 8ª ed. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2014.

_____. **Crise de paradigmas: devemos importar, sim, com o que a doutrina** diz. 05 de jan. 2006. Disponível em http://conjur.estadao.com.br/static/text/40803,1. Acesso em 15 jul. 2015.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3ª. ed. reformulada da obra jurisdição constitucional e hermenêutica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VARGAS, José Cirilo. **Processo penal e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ZANETI JÚNIOR, **Hermes. Processo constitucional e o modelo constitucional do processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.