XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

MARCOS LEITE GARCIA

NIVALDO DOS SANTOS

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcos Leite Garcia; Nivaldo Dos Santos; Sébastien Kiwonghi Bizawu.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-619-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

Apresentação

Com grande alegria, após três anos sem os Congressos na forma presencial de nossa associação nacional de professores de pós-graduação stricto sensu, apresentamos a seleção de artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais III. Ainda que mantivemos os congressos no formato virtual durante o período da pandemia do coronavirus, o que foi muito válido, certamente que é uma grande satisfação reencontrar pessoalmente os amigos e os colegas. Como corresponde aos objetivos e anseios da Comunidade Acadêmica do Direito de seguir construindo uma sociedade mais justa, igualitária, democrática, tolerante e plural, a presente obra reúne artigos que previamente foram aprovados pelos avaliadores da comunidade científica (com a devida dupla revisão cega por pares) para o presente Grupo de Trabalho. Assim sendo, os respectivos trabalhos foram apresentados e debatidos no dia 8 de dezembro de 2022, no Campus de Balneário Camboriú da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), situado na Quinta Avenida, 1100, no Município catarinense de Balneário Camboriú, durante a realização do XXIX Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

Quanto ao recorte temático, partindo do eixo Direitos e Garantias Fundamentais, um GT já clássico no Conpedi, os esforços foram direcionados para o aprofundamento dos debates dos mais variados e atuais temas: o direito fundamental ao acesso à água; análise sociojurídica do processo transexualizador e da construção de realidades de gênero; evolução histórico-cultural da mulher; direito econômico e a função social da propriedade; o respeito da imagem do preso ou detido através da capacitação; direitos fundamentais e dados sensíveis; o julgamento do caso Raposa Serra do Sol e o projeto de Lei 490/2007, possíveis avanços e retrocesso na interpretação do art. 231 da CF de 1988; a efetivação da dignidade humana através do respeito da imagem do preso ou detido; a sociedade de risco e o papel das instituições policiais; o papel do Estado na proteção do meio ambiente; o direito fundamental à vida e a luta pelo sobrevivência das pessoas em situação de rua; o uso sustentável dos recursos naturais e a implementação de agroflorestas nos municípios brasileiros; direitos da personalidade da pessoa gestante no contexto da família e a legalização do abortamento e sua relação com a saúde pública; a densificação da gestão democrática do ensino público; os princípios como fontes orientadoras e fundamentos justificadores para a aplicação das

medidas socioeducativas; o protagonismo feminino no agronegócio; estudo comparado acerca da educação nas constituições do Brasil e do Paraguai; o sistema carcerário brasileiro e sua ineficiência quanto a questão da ressocialização do detento.

Considerando o vasto e interessantíssimo universo de ideias, optou-se por reunir os artigos em blocos, por afinidade de assuntos, o que viabilizou um fértil debate após as apresentações de cada grupo temático. Dita dinâmica, além do excelente clima de respeito mútuo e de estreitar os laços entre os pesquisadores, viabilizou a reflexão e o intercâmbio de pensamentos, o que sem nenhuma dúvida reforça e qualifica a pesquisa científica no essencial tema dos direitos fundamentais. Nós, os coordenadores do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais III, ficamos muito satisfeitos com a qualidade dos trabalhos apresentados.

Boa leitura a todos!

Balneário Camboriú, dezembro de 2022.

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu (Escola Superior Dom Helder Câmara)

Prof. Dr. Nivaldo dos Santos (Universidade Federal de Goiás)

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia (Universidade do Vale do Itajaí)

O FILME O VENTO SERÁ SUA HERANÇA SOB O ÓTICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DO DEVIDO PROCESO LEGAL

THE FILM THE VENTO WILL BE YOUR HERITAGE FROM THE VIEWPOINT OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW AND DUE LEGAL PROCESS

Fabiola Sayonara Araújo Baeta Neves [1]
Lailson Braga Baeta Neves [2]

Resumo

Trata-se de estudo destinado a analisar o filme "O Vento Será Tua Herança" sob a ótica do devido processo legal no Estado Democrático de Direito, especialmente ao que refere às garantias constitucionais que estão asseguradas na Constituição da República Federativa do Brasil. É importante demonstrar que ao proporcionar ao cidadão essa importantíssima garantia que é capaz de protegê-lo contra quaisquer arbitrariedades do Estado e de outros indivíduos, sendo mencionada garantia recepcionada pela Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso LIV, no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, a garantia do devido processo legal. Pelo princípio do devido processo legal (due process of law) qualquer impostação que atinja a liberdade ou os bens de uma pessoa, deve estar sujeita ao crivo do Poder Judiciário, que atuará mediante juiz natural, em processo contraditório que assegure às partes ampla defesa. Assim, demonstra através do filme O vento Será Tua Herança as arbitrariedade e injustiça que podem ocorrer quando não se observa os princípios de um processo judicial.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Constituição da república, Direito processual civil, Devido processo legal, Contraditório e ampla defesa

Abstract/Resumen/Résumé

This is a study aimed at analyzing the film "O vento will be your inheritance" from the perspective of due process in the democratic state of law, especially with regard to the constitutional guarantees that are guaranteed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. It is important to demonstrate that by providing citizens with this very important guarantee that is capable of protecting them against any arbitrariness by the State and other individuals, mentioning a guarantee received by the 1988 Constitution, in article 5, item LIV, in the chapter on rights and individual guarantees, the guarantee of due process of law. "By the principle of due process of law, any imposition that affects the freedom or assets of a person must be subject to the scrutiny of the Judiciary, which will act through a natural

[1] Mestranda em Direito pelo PPGD. Pós-Graduada pela Unimontes. Graduada pela Unimontes Professora Universitária e Advogada

[2] Pós- Doutorando em direito pela FUMEC, Doutor e Mestre em direito pela PUC-MINAS, professor universitário e magistrado de carreira do TJMG.

judge, in an adversarial process that ensures the parties ample defense. ”. Thus, it demonstrates through the film The wind will be your inheritance the arbitrariness and injustice that can occur when the basic principles of a judicial process are not observed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Constitution of the republic, Civil procedural law, Due process of law, Contradictory and broad defense

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo, sob a ótica do filme "O Vento Será Tua Herança" analisar a aplicação do devido processo legal e seus princípios sob o enfoque do Código de Processo Civil e da Constituição da República Federativa do Brasil.

O objetivo desse trabalho é verificar se a obra em foco apresenta elementos que proporcionem refletir sobre a aplicação de princípios que sustentam o devido processo legal, tais como: Princípio da Ampla Defesa, Principio do Contraditório que garantem direitos fundamentais do cidadão quando em juízo.

Além disso, busca-se demonstrar que algumas normas estabelecidas na legislação alienígena em confronto com a legislação pátria podem se tornar obstáculos ao desenvolvimento de ações, especialmente em juízo, quando se faz necessária a intervenção do Estado-Juiz para conferir medidas judiciais que visam a inclusão social da pessoa, conferindo-lhe os direitos e garantias.

As ideias postas no filme serão confrontadas com a visão doutrinária sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, conforme Robert Alexy, Hans-Georg Gadamer, Jürgen Habermas, Sarlet Ingo Wolfgang, dentre outros.

A princípio, serão analisadas as obras cinematográfica e literária, considerando o conteúdo da história, sua ficha técnica, para posteriormente relacioná-las, assim como seus protagonistas com a disposição Constitucional.

Posteriormente serão feitas as considerações gerais, foi utilizado o método dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica, legislação, revistas eletrônicas, dentre outros.

2 SOBRE O FILME "O VENTO SERÁ TUA HERANÇA"

Em tempos sombrios de ressurgimento de certo fundamentalismo religioso, nos vem a lembrança de um fato ocorrido, há muitos anos, nos Estados Unidos.

Com esse nome – "O Julgamento do Macaco" – ficou conhecido o famoso processo, em que se pretendia a condenação de um jovem professor americano John T. Scopes, que lecionava em uma escola pública na cidade de Dayton, no Estado do Tennessee. Seu "crime": haver ensinado a teoria da evolução de Darwin – o que era proibido naquele estado por uma lei chamada Butler's Act – e haver contestado que a terra fosse plana.

Segundo a teoria de Darwin, como é sabido, o homem seria resultado da evolução a partir de um ancestral dos grandes antropóides, colidindo com a teoria criacionista, da Bíblia Sagrada, que se depreende da história de Adão e Eva, no Livro do Gênesis.

O jovem professor foi preso quando lecionava para seus alunos e submetido a humilhação, processo e julgamento.

Na acusação, atuou o famoso advogado William Jennings Bryan, vigoroso cristão fundamentalista. Quanto à defesa, segundo consta patrocinada pela American Civil Liberties Union (Aclu), atuou Clarence Darrow, notável advogado americano, defensor de direitos civis.

No do dia do julgamento, todas as chances eram contra a defesa. Clarence Darrow havia arrolado várias testemunhas, todos cientistas, que o juiz se recusou a ouvir sob o pretexto de que estava em discussão era a Bíblia Sagrada. Clarence chama, então, Mathew Brady March, reconhecido conhecedor e intérprete do livro sagrado.

William Jennings Bryan expert em Bíblia, quem traz o argumento capaz de coroar a tese da defesa. Se Deus criou o homem com livre arbítrio, capacidade para pensar, não pode o homem ser punido por pensar. Fé e ciência, portanto, não são excludentes.

Para começar, não se tem notícia se o advogado era ou não religioso. Sabe-se que era um defensor de direitos civis, mas não há indicação de que professasse, ou não, uma fé. Segundo, tinha conhecimento do processo e a preparação para enfrentar as resistências que certamente encontraria. E, terceiro, a presença de espírito para fazer a pergunta chave a uma testemunha de última hora e certamente "hostil".

O filme "Inherit the wind" foi lançado no Brasil com o nome "O vento será tua herança", dê-se preferência o original para cinema de 1960, com direção de Stanley Kramer, e cujo elenco traz Spencer Tracy, Fredric March, Gene Kelly, Dick York, Harry Morgan, Donna Anderson e Claude Akins.

A origem do nome do filme, se encontra na Bíblia Sagrada, Livro de Provérbios, 11:29.

3 A SUPREMA CORTE AMERICANA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM SENTIDO MATERIAL

A cláusula do devido processo legal está prevista nas Emendas Quinta e Décima Quarta da Constituição americana. Se existe algum ponto pacífico na doutrina do devido processo legal, é por ocasião da inclusão da cláusula na *Bill of Rights*, ela se referia exclusivamente às garantias processuais. A existência de um conteúdo processual ou procedimental (*procedural*)

na cláusula do devido processo nunca gerou maiores controvérsias. Mesmo antes da Convenção da Filadélfia, Alexander Hamilton já esclarecia que: "as palavras '*due process*' têm uma significação técnica precisa e, são somente aplicáveis aos processos e procedimentos das Cortes de justiça; *elas nunca podem ser referidas a um ato do legislador*."

4 O DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Com o fim do Estado de segurança e a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), adota-se o Estado Democrático de Direito. O seu conteúdo é transformador da realidade. O comando normativo passa a ser um meio de intervenções otimizantes da vida em comunidade.

A atuação do Estado passa pela efetiva transformação da realidade, em face dos instrumentos normativos postos para este fim. O seu caráter democrático consiste na participação da comunidade, na eterna construção e reconstrução de seus conteúdos, tornando esta, a protagonista das mutações a que está submetida.

Diante desse quadro, não é de se estranhar que os Direitos Fundamentais estejam em destaque na CRFB/1988 e que, dentre eles, o direito de participação na vida jurídica e política esteja em relevo.

Para Habermas (2003), é impossível a concretização dos Direitos Fundamentais sem democracia. É por isso que o Judiciário, no Estado Democrático de Direito, precisa, segundo Gallupo (2002), de uma teoria procedimental, em especial, de uma teoria discursiva do direito, exigida para a compreensão do Estado Democrático. Logo, possibilita-se, assim, indicar as condições pragmáticas para a realização dos discursos jurídicos da justificação e aplicação das normas jurídicas.

Somente uma teoria procedimental do Direito, ou seja, uma teoria pragmática da comunicação humana pode reconstruir adequadamente essa forma de Estado e seu Direito.

Para Habermas (2003, p. 278), "o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos".

A questão é a quem cabe a proteção de tais direitos, quando violados, seja no direito interno, seja no direito externo.

A Constituição da República em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, assim dispõe:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
>
> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL, 1988).

Mencionados princípios asseguram a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais. Se no processo não forem observadas as regras básicas, ele se tornará nulo. É considerado o mais importante dos princípios constitucionais, pois dele derivam todos os demais. Ele reflete em uma dupla proteção ao sujeito, no âmbito material e formal, em que o indivíduo receba instrumentos para atuar com paridade de condições com o Estado-persecutor.

No Estado Democrático de Direito, onde a comunidade é parte ativa na construção e reconstrução constante do Estado e do Direito, a interpretação construtiva do juiz singular é, também, um empreendimento comum de se acolher uma teoria procedimental interpretativa e discursiva que permita construção comunitária e comunicativa, conforme se verá adiante.

A questão fundamental que se apresenta é a de que não existe direito sem que se dê aos seus destinatários as garantias para o seu exercício, quer seja no âmbito administrativo, jurisdicional interno ou externo.

Por isso, a jurisdição, sob a ótica constitucionalista, é um direito humano fundamental do cidadão que pretende a garantia de seus demais direitos em face do Estado ou de outrem que por ventura seja responsável pela não concretização dos mesmos direitos.

5 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é o princípio de todos os demais, visto que o reconhecimento da dignidade humana promove a valoração dos demais princípios, tais como: cidadania, pluralismo, soberania, entre outros.

Aludido princípio, nunca antes positivado em constituições brasileiras, se originou e fundamentou na doutrina cristã. Entende-se que o ser humano, criado a semelhança de Deus contém, a dignidade inerente à sua condição única.

O princípio em foco foi acolhido pelo Direito, em especial pelo jusnaturalismo e vem sendo à base do constitucionalismo contemporâneo, no que diz respeito aos direitos

fundamentais que, em grande parte, são derivativos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Tailhard de Chardin, na obra o "Fenômeno Humano" destaca as características que fazem do homem um ser dotado de dignidade intrínseca:

> Na verdade, duvido que haja, para o ser pensante, minuto mais decisivo do que aquele e que, caindo-lhe a venda dos olhos, descobre que não é elemento perdido nas oscilações cósmicas, mas que uma universal vontade de viver nele converge e se hominiza. O Homem, não centro estático do Mundo – como ele se julgou durante muito tempo, mas eixo e flecha da evolução – o que é muito mais belo." (CHARDIN, 2006, p. 28).

Embora considerada um atributo inato à natureza humana, alguns autores ressaltam os contornos sociais ou de certas sociedades no que diz respeito aos aspectos da dignidade da pessoa humana.

Vale dizer, certa forma de tratamento a inserção ou o posicionamento da pessoa em determinado grupo social pode afetar a sua dignidade, o que não ocorreria em outras sociedades em face da mesma situação.

Apenas a título de exemplo, e para caracterizar o que já foi dito, apoiando-se ainda nas obras referidas, pode ser que em uma comunidade nômade a questão da inexistência de moradia ou habitação não tenha influência na qualidade de vida da pessoa, não se podendo dizer o mesmo quanto a uma comunidade sedentária em que a propriedade e a habitação são referências não só de inserção como de posicionamento social.

Assim, apesar da alegação quanto à natural qualidade deste princípio, deve-se destacar a importância dos valores de determinado grupo para se definir, quanto à observância e verificação da efetivação do princípio em face da realidade em concreto.

Existe forte conteúdo cultural e histórico na construção desse princípio em exame.

Sobre a questão assevera Sarlet:

> A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida." (SARLET, 2009, p. 67).

O conceito alinhavado por Sarlet não discrepa de outros, em termos de concepção, além disso é completo e rico em conteúdo, razão pela qual se dispensa a transcrição de outros conceitos, por certo, aceitáveis em face de sua precisão e conteúdo.

5.1 A SOLUÇÃO DE ALEXY

Para Alexy (2008), os Direitos Fundamentais são princípios que devem ser cumpridos na maior medida possível em face de outra norma idêntica.

Os Direitos Fundamentais têm força vinculativa e, nos países em que a separação dos poderes é observada, os Direitos Fundamentais são judiciáveis.

No Brasil, segundo Alexy (2008), os Direitos Fundamentais são normas juridicamente vinculadas, em face do que dispõe o artigo 5º, §1º, CRFB/1988, que afirma acerca da aplicabilidade imediata daqueles direitos.

Em razão, a apreciação dos Direitos Fundamentais no Brasil há de ser exigida de imediato pelo Judiciário sem necessidade de qualquer norma complementar.

A tentativa de atenuar a judicialidade dos Direitos Fundamentais equivale a uma tentativa de abolição do Direito Constitucional. Entretanto, o sistema de ponderação de princípios é a forma de solucionar o conflito entre Direitos Fundamentais.

Para Alexy (2008), a ponderação é um método racional que passa pelo princípio da proporcionalidade que se aplica em face dos três sub-princípios, a saber:

a) idoneidade do meio empregado;

b) necessidade do meio empregado;

c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

A ponderação, em síntese, tem um conteúdo racional, visto que a forma empregada deve demonstrar que a proporção do não cumprimento de um princípio deve ser justificada pela necessidade de aplicação do outro na mesma proporção.

Convém ressaltar que Alexy (2008) conceitua os princípios a partir de sua estrutura formal (norma prima facie), em detrimento de uma formulação enquanto conteúdo.

5.2 GÜNTHER E HABERMAS

Habermas (2003) critica a ponderação por entender que esta foge à racionalidade, ou seja, pode levar a uma prática absolutamente irracional e, por conseguinte, ilegítima ou incorreta.

Entretanto, este não é o lugar para a confrontação entre as duas posições. Basta dizer que Habermas (2003) e Günther (2004) entendem que o discurso de aplicação deve ser fundar na equanimidade, em contraponto ao posicionamento de Alexy (2008).

De outra sorte, Dworkin (2005) entende que deve ser aplicado um sistema de pesos.

6 O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Assim, sob o devido processo legal substantivo no direito penal sob o prisma das teorias de John Rawls e de Jürgen Habermas estabelece que o devido processo legal substantivo é uma proteção dos Direitos Fundamentais contra as eventuais irracionalidades ou abusos do Poder Legislativo e também contra a aplicação desarrazoada e desproporcional da Lei Penal.

Constitui, ainda, uma garantia contra o uso indevido do devido processo legal processual, pois ao prover substancialidade, evita-se a tomada de decisões arbitrárias e não condizentes com o bom senso. Alçado em nível constitucional, o devido processo legal substantivo abrange todos os ramos do Direito, especialmente o Direito Penal.

O devido processo legal substantivo é uma regra de hermenêutica, mas, ao mesmo tempo, princípio que fornece diretrizes para que o Direito não seja concebido como um puro "dever ser" totalmente dissociado da realidade material, muito menos como algo desprovido de conteúdo, sem consequências.

Não bastasse o Devido Processo Legal está no rol dos Direitos Fundamentais catalogados pela constituição e está intimamente ligado ao direito à Jurisdição. A sua conceituação é difícil e até perigosa, posto o risco de que se possa restringir o seu alcance de maneira a favorecer uma conduta impositiva e totalitária.

Historicamente falando, o Devido Processo Legal remonta à Magna Carta em seu artigo 39 , advinda do primitivo Law of Lands e do julgamento pelos pares.

Tanto na Declaração Francesa de 1789 quanto nas emendas à Constituição dos Estados Unidos da América (emendas V e XVI de 1791 e 1868, respectivamente) encontra-se a previsão do Devido Processo Legal.

Os textos em regra faziam referência à necessidade da existência de um processo com regras preestabelecidas antes de qualquer restrição aos direitos de alguém.

A jurisprudência das cortes dos Estados Unidos, no ocaso do século XIX e limiar do século XX, soube construir a ideia do devido processo legal substantivo ou material, ao afirmar que a mera preexistência de regras processuais não era suficiente, mas, que se exigia um processo materialmente justo, proibindo que lei ou ato governamental privasse o cidadão de seus direitos, de modo desarrazoado ou arbitrário.

Ainda na década de 1930, também nos Estados Unidos da América, o Devido Processo Legal, por meio de construção jurisprudencial, passou a tutelar todos os Direitos Fundamentais, além do direito à vida, liberdade e propriedade. Esta posição muito influenciou a forma de adoção do princípio do devido processo legal no Brasil.

6.1 A POSITIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NA CRFB/1988

O Princípio da Dignidade Humana foi positivado pela CRFB/1988, sem que tivesse um antecedente legislativo constitucional anterior.

Esta positivação, acompanhando a tradição do direito luso-brasileiro, o elencou entre os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito fixando-o no artigo 1º, III (BRASIL, 1988).

Assim, está além dos próprios Direitos Fundamentais, enquanto princípio balizador estatal, ao permear os direitos contidos na constituição, em particular os fundamentais, dando até mesmo, o limite de redução de alguns direitos, inclusive os fundamentais.

Além disso, os Direitos Fundamentais, em grande parte, são especificações deste princípio, ou melhor, são variações positivadas do princípio da dignidade humana.

6.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A POSTULAÇÃO EM JUÍZO

A Constituição, em seu preâmbulo, já aponta para a garantia dos direitos fundamentais e humanos, na ordem interna e internacional, conforme transcrita abaixo:

> Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional constituinte para instituir o Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de

> uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

A violação da dignidade humana pode ser objeto de postulação em juízo, disso não resta dúvida, até porque não se admite normatização que impeça a pretensão contra violação ou ameaça de violação de direito. É justamente esta disposição constitucional junto a outras que torna a jurisdição um direito fundamental.

Entretanto, o Princípio da Dignidade Humana, face a sua grandiosidade e profundidade, não pode ser conceituado ou delimitado, de modo que somente diante do caso concreto submetido ao Judiciário é que se pode saber quanto à ocorrência ou não da violação do princípio fundamental.

Por isso, somente uma teoria procedimental discursiva que se permita a análise a fundo da questão posta, pode permitir a construção que corresponda adequadamente a esta proposição.

7 A O DIREITO A JURISDIÇÃO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

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

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

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

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

E segue afirmando que os Direitos Fundamentais são os direitos humanos, constitucionalmente positivados e tem espeque na Constituição, ou seja, os direitos fundamentais são legitimadores de todo o ordenamento jurídico. Por isso a jurisdição está incluída no rol dos direitos fundamentais no inciso II, 5º. onde contém essa garantia constitucional.

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

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

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

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

7.1 EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO

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

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

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

7.2 A JURISDIÇÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

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

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

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

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

O cidadão quer e tem direito, além da solução, a participação na sua construção por meio do devido processo legal, o que confere legitimidade a esta decisão.

7.3 A JURISDIÇÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

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

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

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

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

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

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

Esta é mais uma razão para que este trabalho tenha como foco a atuação do juiz monocrático, posto que esta participação efetiva das partes na construção da decisão judicial só

pode ser efetivada frente ao órgão de primeira instância, visto que o nosso sistema não permite uma fase de interlocução e instrução em segundo grau, salvo em casos de julgamentos de competência originária e, mesmo assim, quando não delegam a instrução ao juiz monocrático pelo instituto da carta de ordem.

7.5 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

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

7.5.1 O CONTRADITÓRIO

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

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

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

O que se extraí da análise do filme analisado é que, se o caso ocorresse no Brasil, pós Constituição de 1988, é que houve grave violação ao processo constitucional, visto que o contraditório, conforme já relatado da síntese que se fez da obra, se deu apenas em seu aspecto formal, já que o réu e seu defensor, não puderam contrapor às acusações nem as provas que pretenderam produzir e nem apresentar de forma sólida os seus argumentos.

7.5.2 A AMPLA DEFESA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De sorte que, no caso analisado, como já mencionado, o acusado, ao ver restrito os seus meios de defesa, impedido que foi de apresentar suas teses defensivas perante um juiz e um júri imparcial, viu comprometida a análise de suas parcas provas admitidas, assim como a qualidade destas, por conta da interferência e obstrução aos meios de defesa que deveriam, ao contrário, ser objeto de garantia pelo órgão jurisdicional isento, o que lhe faltou.

8 CONCLUSÃO

Vê-se assim que a teoria de Habermas é procedimental, por não propor conteúdos específicos para um dado sistema jurídico, além daqueles que possibilitem os discursos racionalmente motivados.

Nesse arcabouço garante-se, além do resgate da moral, a efetivação do direito positivo conforme critérios racionais.

Observa-se na análise do filme ora em comento, que o fato de nos Estados Unidos da América (EUA) os juízes serem eleitos, causam além de imparcialidade, processo eivado de vícios e aberrações, uma vez que não foram observados princípios tais como contraditório e ampla defesa, o que fere frontalmente o princípio da dignidade humana, considerando que o princípio é a base de todo o direito dos países democráticos de todo o mundo. Ao mesmo tempo, pela sua natureza filosófica, é algo de controvérsia e desconhecimento.

O princípio da dignidade humana é, ao mesmo tempo, o princípio mais importante do direito de países democráticos e um dos fundamentos mais difíceis de conceituar, uma vez que a sua natureza filosófica e relacionada com a plenitude humana não é completamente e objetivamente compreendida.

A partir dessa exposição sobre o tema, esperamos que seja compreendida a importância histórica e jurídica desse princípio na vida das pessoas, uma vez que ele é a base para todos os demais direitos fundamentais.

Pelo meio do campo filosófico iluminista, foi proposto que não há nada mais importante para a vida de uma pessoa do que a sua dignidade. Ao prezar pela dignidade de terceiro, prezamos também pela sua vida, liberdade, paz de espírito, honra e autodeterminação e para concluirmos ao Devido Processo Legal.

Mas na obra cinematográfica analisada, a dignidade da pessoa humana foi violada, por lhe negar as garantias ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, tornando o direito fundamental à jurisdição sem qualquer efetividade em face do acusado.

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

BALESTIRO, Gabriela Soares; GOMES, Renata Nascimento; COURA, Maria Rosilene Dos Santos; SILVA, Diogo Bacha e Silva. **Direito Constitucional e Processual Democrático**. São Paulo: Boreal, 2015.

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

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 out. 2022.

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

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana:** a Teoria e a prática da Igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto**. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003. v. II.

CHARDIN, Teillard de. **O Fenômeno Humano**. Tradução José Luiz Archanjo. São Paulo: Cultrix, 2006.

GALLUPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença, Estado Democrático de Direito a Partir do Pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Fernanda; BORGES, Souza. **A Prova No Processo Civil Democrático**. Curitiba: Juruá, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentário à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos** - Pacto De Santo, José da Costa Rica. 4. ed, ver. Atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral:justificação e aplicação.** Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia*. Entre facticidade e validade***. 4. ed. Traduzido do alemão por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro (RJ): Tempo Brasileiro, 1997. Traduzido de *Fakzität und geltung. Beiträge zur diskurstheorie des reichts und des demokratische rechtistaats*.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana**: Princípio Constitucional. Curitiba: Juruá, 2009.

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

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Prefácio Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

PESANTES, Hernán Salgado. "La Proteccion Regional de los Derechos Humanos por la Corte Interamericana: Retrospectiva y Futuro". *In*: **Curso de Derecho Internacional** – Comité Jurídico Interamericano XXV 1998. Organización de los Estados Americanos. Secretaria General Washington. 1999, p. 128.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003.

RAWLS, John. ***Uma teoria da justiça***. Tradução por Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves; revisão técnica por Gildo Rios. 1. ed. 2. reimpressão. São Paulo (SP): Martins Fontes, 1997. Tradução de *A theory of justice* (1971).

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

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

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

SPITZCOVSKY, Celso. **O direito constitucional ao silêncio e suas implicações**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, nov. 2005. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm. Acesso em: 22 out. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo CPC: **Fundamentos e sistematizações** (Lei 13.105 de 16.03.2015). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto**. Curso de Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 57. ed rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. I e II.