

DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO CIVIL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA: PODER-DEVER ESTATAL DE RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA E SEGURANÇA JURÍDICA

Cândido Furtado Maia Neto*

MAIA NETO, C. F. Direitos humanos no processo civil e jurisdição constitucional democrática poder-dever estatal de respeito à dignidade da pessoa e segurança jurídica. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar.* Umarama. v. 11, n. 2, p. 421-443, jul./dez. 2008.

RESUMO: Trata-se de um estudo sobre os Direitos Humanos no processo civil e direito civil, frente a jurisdição constitucional e o Estado Democrático instituído pela República Federativa do Brasil, pós 1988, e com rápido destaque aos países do Mercosul. O ensaio jurídico destaca os Novos Direitos Indisponíveis e Fundamentais da cidadania, no contexto da célere prestação jurisdicional, da segurança jurídica e do devido processo legal, sempre como meta-valor a justiça e os princípios gerais consagrados nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos, aqueles aderidos e ratificados pelo governo brasileiro, bem como aqueles de aceitação universal tácita, cujo reconhecimento jurídico merece atenção em nome do dever de respeito à dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Poder. Jurisdição. Direitos humanos. Justiça. Mercosul. Prestação jurisdicional. Poder judiciário. Direitos fundamentais. Cidadania. Constituição. Constitucional. Segurança jurídica. Devido processo legal. Princípios. Garantias fundamentais. Direitos indisponíveis. Inconstitucionalidade. Cláusula pétrea. Proteção nacional e internacional. Legislação pátria. Dignidade da pessoa humana.

1. INTRODUÇÃO

Início em versos e prosas, filosofando¹ o direito civil à luz dos Direitos Humanos; ou melhor, cantando os Direitos Humanos.

*Professor do Curso de Mestrado da Unipar. Professor Pesquisador e de Pós-Graduação). Associado ao Conselho Nac. de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Pós Doutor em Direito. Expert em Direitos Humanos (Consultor Internacional das Nações Unidas – Missão MINUGUA 1995-96). Promotor de Justiça de Foz do Iguaçu-PR. Do Movimento Nacional Ministério Público Democrático (MPD). Secretário de Justiça e Segurança Pública do Ministério da Justiça (1989/90). Assessor do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná (1992/93). Membro da Association Internacionale de Droit Pénal (AIDP). Autor de vários trabalhos jurídicos publicados no Brasil e no exterior. E-mail: candidomaia@uol.com.br www.direitoshumanos.pro.br

¹ Estudo que se caracteriza pela intenção de ampliar incessantemente a compreensão da realidade, no

“**Jesus, alegria dos desejos humanos**”, tema musical de Johann Sebastian Bach. Estamos diante de direitos, deveres ou problemas humanos e Rui Barbosa já afirmava categoricamente que quando a responsabilidade social se afasta da consciência dos magistrados não há tribunais que bastem para proteger os cidadãos das injustiças; e o Águia de Haia contundentemente ainda afirmou que tudo que pode presenciar em sua vida pública como jurista, se resume em cinco palavras “Não há justiça sem Deus”.

Com vênia a Ivan Lins e Victor Martins:

*“Que o perdão seja sagrado
Que a fé seja infinita
Que o homem seja livre
Que a justiça sobreviva”.*

Mas no campo do direito relata a história que desde os deuses do oriente aos orixás do ocidente, de onde nasce o sol ao descobrimento de novos mundos e mares, já há tempo se vêm trabalhando em prol dos Direitos Humanos, muito antes mesmo da aprovação da Declaração Universal (ONU/ 10.12.1948), que neste ano (2008) comera seu sexagésimo aniversário de aprovação pela Assembléia Geral das Nações Unidas².

sentido de apreender na sua totalidade. Raciocinar tirando induções, argumentando e discutindo com sutileza o direito civil e o processual civil à luz da jurisdição constitucional e dos Direitos Humanos, em base a teoria internacionalista e geral do ordenamento jurídico.

² Relatório 2008, da Anistia Internacional, 60 anos de fracasso em Direitos Humanos. A Anistia também afirma que o papel internacional do Brasil como defensor de direitos humanos pode perder credibilidade se o país não conseguir implementar medidas que produzam benefícios dentro de casa. <http://www.amnesty.org>

Nos Direitos Humanos sociais encontramos: Código de Hamurabi (Império da Babilônia, 2000 anos a.C.); Legislação Mosaica (1300 anos a.C.); Código de Manu (direito da Índia, 1000 anos a.C.); Direito da Grécia antiga (Drácon séc. vii a.C. e Sólon séc. vi); Direito Romano (754 a.C. fundação de Roma ao ano 565 da era cristã); Alcorão de Maomé (aprox. 600 a.C., 1ª versão da Lei de Talião); Lei das XII Tábuas (450 e 451 a.C. - período Republicano de Roma); Instituída a Censura (443 a.C.); Edito de Tolerância ao não católicos (313 d.C.); Cristianismo reconhecido como religião oficial do I. Romano (324 d.C.); Magna Carta (1215); Difusão do humanismo (1450/1550); Ordenações do Reino Unido de Portugal (1500 a 1822); Reforma da Igreja/ Paz de Westefalia (1618/48); “*Petition of Rights*” por Carlos I, funda-se o Estado de Direito (1628); Lei do “*Hábeas Corpus Act*” (1679); Declaração de Virgínia USA (1776); Constituição dos Estados Unidos (1787); Revolução Francesa (1789); “*Déclaration du droit des gents*” (1795); Código Civil de Napoleão (1804); Supressão dos Tribunais da Inquisição (1834); Manifesto do Partido Comunista (1850); 1ª Conferência Internacional Americana – Washington (1890); Conferência de Paz de Haya (1907); 1ª Guerra Mundial (1914); Revolução Russa (1917); Fundação da OIT – Organização Internacional do Trabalho (1919); Pacto da Sociedade das Nações (1920); Fascismo instalado na Itália – Mussoline (1922); Nazismo na Alemanha (1923); Convenção da ONU sobre a Escravidão (1926); Convenio da OIT sobre Trabalho

E assim por diante, até os nossos dias, como heranças e conquistas da humanidade em busca da efetivação dos direitos fundamentais naturais do homem.

Especialmente na área do direito penal e da criminologia, seja de modo acadêmico como na práxis policial-forense, os Direitos Humanos foram vistos e relacionados à defesa dos investigados, acusados, processados, presos e condenados pela justiça criminal.³

Na seqüência, pelos abusos do Estado, ineficiência do sistema judiciário, inocuidade, utopia e demagogia do objetivo da pena privativa de liberdade - *teoria dos “res”*: *ressocialização, reintegração, reeducação e readaptação*, art. 1º LEP, começa-se a pensar nas alternativas à prisão.⁴

A vitimologia amplia o seu campo de atuação, sai da esfera do direito penal substantivo e se introduz no processo, propriamente dito. Trata-se de uma guinada de 180 graus, frente aos Direitos Humanos das vítimas de crime e a dívida tutela das garantias judiciais corriqueira e anteriormente desrespeitadas.⁵

Todo abuso de poder é crime contra os Direitos Humanos e são praticados por agentes e autoridades públicas, quando estas, em nome do Estado, insistem desobedecer garantias fundamentais individuais da cidadania e o regime democrático (art. 1º “caput” e art. 5º CF/88).

É chegado o momento para aplicar os Direitos Humanos no Processo Civil à luz da jurisdição constitucional ou do direito jurisdicional, em defesa dos chamados “Novos Direitos”, segundo as gerações ou dimensões sociais, para melhor conceitualizar a divisão histórica e seu processo dinâmico, por área de atuação e necessidade de proteção universal a determinados grupos e setores da comunidade em geral; a saber:

1ª Geração/Dimensão

- **direitos individuais** (*ius libertatis* – pessoas encarceradas).

2ª Geração/Dimensão

Forçado (1930); 2ª Guerra Mundial (1939-1945); Carta das Nações Unidas (1945).

³ Regras Mínimas dos Presos, ONU/1955; Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Prisão ou Detenção, ONU/1988; Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos, ONU/ 1990, e outros; ver MAIA NETO, Cândido Furtado, in “*Código de Direitos Humanos...*”; ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003.

⁴ Regras de Tóquio, ONU/ 1990; e doutrina especializada internacional.

⁵ Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, ONU/1985; BERISTAIN, Antonio: in “*Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*”; ed UNB, Bsb. 2000; trad. MAIA NETO, Cândido Furtado; e “*Derecho Penal, Criminologia y Victimologia*”, Ed. Juruá, Curitiba, 2007, prólogo MAIA NETO, Cândido Furtado; original em espanhol.

- **direitos sociais** inspirados no socialismo (Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ONU/1966).

3ª Geração/Dimensão

- **direitos coletivos** no contexto da necessidade geral de proteção à dignidade da pessoa humana.

4ª Geração/Dimensão

- **direitos difusos**, bioética, relativos à genética, comunicação e informática.

As liberdades públicas, os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais necessitam de maior tutela e autoaplicação - efetivação imediata -, como dever do Estado para garantir e colocar à disposição da comunidade os serviços básicos, essenciais e prioritários da cidadania.

A real efetivação do chamado *status positivo* e *status negativo*, assistência e asseguramento de direitos, em qualquer tempo ou espaço, ante a globalização dos direitos indisponíveis dos povos e das gentes.

2 - São considerados Direitos Humanos Sociais (art. 6º CF/88)⁶:

- **a educação** (art. 205 segts CF/88; Convenção relativa à luta contra a discriminação na esfera do ensino – UNESCO/1962);

- **a cultura** (art. 215 segts CF/88; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - ONU/1966; Declaração dos Princípios da Cooperação Cultural - UNESCO/1966);

- **a liberdade de informação, comunicação e expressão** (arts. 5º, ix, xii, xiv, 220 e sgts. Lei nº 4.117/62 e Lei nº 5.250/67 de imprensa; Convenção sobre o Direito Internacional de Informação – ONU/1952);

- **a liberdade de crença religiosa** (art. 5º, vi, vii e viii CF/88; art. 208 CP; Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundada na religião ou nas convicções ONU/1981);

- **a saúde** (art. 196 segts CF/88; Declaração Universal sobre a Erradicação da Fome e da desnutrição – ONU/1973-74);

⁶ Ver Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU/1966), e Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo da San Salvador OEA/88), aderidos e ratificados pelo governo da República Federativa do Brasil, através do Dec. 591/92, e Dec- 3.321/99, respectivamente. São documentos internacionais que integram o ordenamento jurídico pátrio, na forma da legislação vigente, com status de dispositivo constitucional.

- **a ordem social: trabalho, lazer, segurança e previdência social** (arts. 5º, xiii; 193 sgts, 201/203 CF/88; Convênios da OIT sobre política de emprego e proteção do trabalho);

- **a moradia** (Declaração sobre os Direitos Humanos dos indivíduos que não são nacionais do País em que vivem – ONU/1985),

- **a proteção à família e à maternidade** (art. 226 sgts CF/88); e

- **da proteção à propriedade particular** (art. 5º “caput” CF/88)

Também os Direitos Humanos:

- **das pessoas portadoras de deficiência física e mental** (Declaração dos Direitos do Retardado Mental – ONU/1971; Princípios para a Proteção dos Enfermos Mentais e o Melhoramento da Saúde Mental – ONU/1991; Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência – OEA/99 – Dec 3.956/01);

- **dos povos e populações indígenas** (art.231 CF/88; Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73; Convênio sobre Povos Indígenas e Tribais - OIT/1989; Convenção sobre o Instituto Indigenista Interamericano 1940, Dec. 36.098/54; Acordo Constitutivo do Fundo para o Desenvolvimento dos Povos Indígenas da América Latina e do Caribe, 1992, Dec- 3.108/99);

- **dos estrangeiros** (Lei nº 9.459/97; Lei nº 6.815/80, Lei nº 7.716/89; CF/88; Convenção internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial ONU/ 1965);

- **da mulher** (art. 2º, iv e art. 5º, i CF/88; Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher ONU/1979);

- **do meio ambiente sustentável** (art. 225 sgts CF/88)⁷;

- **da ciência, tecnologia, ao progresso e desenvolvimento** (art. 218/219 CF/88). Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento Social – ONU/1969; Conferência Mundial da OIT sobre Emprego, Distribuição de Renda e Progresso Social - Genebra, 1976; das Conferências Regionais sobre a Pobreza, Cartagena das Índias, e Quito, 1988 e 1990, respectivamente);

- **das pessoas idosas** (Estatuto do Idoso Lei nº 10.741/03, regulamentada pelo Dec nº 5.130/04);

E mais, com prioridade absoluta (grifei):

⁷ Declaração Universal sobre o Meio Ambiente, Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, de 1972 expressam o "bem comum da humanidade", a Assembléia Geral das Nações Unidas dedicou-se ao assunto e definiu em 1987, princípios e conceitos aplicáveis "*urbi et orbi*" - de cidadã à cidade -, ainda, em 1990, o Grupo de Consultores Jurídicos do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), e Carta Mundial da Natureza 1982, para citar alguns.

- **os Direitos Humanos da criança e do adolescente** (Lei nº 8.069/90; art. 226 segts CF/88).⁸

3 - Necessitamos aprofundar o estudo da Teoria Geral dos Direitos Humanos em conjunto com a Teoria Geral do Processo (Civil, Penal, Administrativo, Trabalhista...) para a plena realização e capacitação profissional, pela necessidade de especialização em cada área, pelas varas e setores especializados da administração de justiça de 1ª e 2ª instância, seja na estrutura do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e das Procuradorias Federal, dos Estados e dos Municípios.

Os *jusinternacionalistas* e *expertos* em Direitos Humanos têm ofertado novas contribuições ao estudo e à correta aplicação das leis, mas ainda é escassa a literatura e a jurisprudência específica dos Direitos Humanos, sendo pouco difundida a teoria geral do ordenamento jurídico no continente latino-americano.

De outro lado, as grades curriculares dos centros universitários e das academias ou dos cursos jurídicos não contêm a matéria de Direitos Humanos, e pasmem, a Resolução nº 09/2004, do Conselho Nacional de Educação (ME/BR), nas Diretrizes Curriculares para o Curso de Direito, não contempla o estudo da disciplina de introdução ao direito. Falta a alma, o espírito e o próprio corpo.

É daí que decorrem as inconstitucionalidades das normas, a errada interpretação das leis e a aplicação equivocada das ciências jurídicas, nos dias atuais, sem o menor desconforto das autoridades e dos operadores do direito.

Lamentavelmente, a carência de mestres na área dos Direitos Humanos é absurda e em total descompasso com a Recomendação sobre a Educação para a Compreensão, a Cooperação e a Paz Internacional e a Educação relativa aos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais, da UNESCO/ 1974, e com a Programação Educacional inter-continental, a nível de Mercosul, por exemplo), como propõe a OEA, através do Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral (CIDI), para capacitação, multiplicação e difusão do conhecimento relativo aos Direitos Humanos.

Por sua vez, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) adverte que a educação na América Latina piorou nas últimas décadas, aumentando as desigualdades educacionais, gerando uma educação de má qualidade⁹.

⁸ Declaração e Convenção dos Direitos da Criança – ONU/ 1959 e 1989; Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos relativos à Proteção e o Bem-Estar das Crianças, com Particular Referência à adoção; Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade – ONU/1990; para a Administração da Justiça de Menores “Regras de Beijing” – ONU/1998; Princípios para a Prevenção da Delinquência Juvenil “Normas de Riade” – ONU / 1990, etc.

⁹ **MAIA NETO**, Cândido Furtado in “*O Ensino dos Direitos Humanos...*”; Rev. Jurídica UDC, Faculdade de Direito de Foz do Iguaçu; ed. Juruá, 2004.

Para se ter uma rápida idéia, as primeiras Universidades-Faculdades na Europa foram instaladas muito antes do que as nossas, na América Latina.

Na Europa: Paris (1150), Bolonha (1158), Nápoles (1224), Roma (1245), Oxford (1206), Cambridge (1220), Salamanca (1243), Viena (1365).

O estudo universitário passou ser melhor difundido na época do renascimento ou da renascença (sec. xv e xvi), quando Juan Gutemberg inventa a imprensa, fato que intensifica a educação e a cultura, no continente europeu.

O estudo das leis e do direito na América Latina iniciou na Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Peru, 1551) e na Universidad de México (1551), posteriormente foi fundada a Universidad de San Domingos (1538), Universidad Nacional de San Carlos na Guatemala, através da Cédula de Fundação do Rei Carlos II, outorgada desde Madrid, no ano de 1676.

Somente em 1827 instala-se no Brasil a Universidade de Olinda e a de São Francisco, em São Paulo (em 11 de agosto). Há que se fazer uma ressalva importante na grade curricular destas duas primeiras Faculdades de Direito, porque nelas contempla a disciplina “Direitos Naturais, dos Povos e das Gentes”, referindo-se ao estudo dos Direitos Humanos e do Direito Público Internacional.

Destacamos ainda que a primeira Universidade Federal do Brasil foi fundada no Paraná, em 19 de dezembro de 1912.

A palavra universidade vem de *universitas* (latim) que designa comunidade de mestres e discípulos reunidos, transmitindo e recebendo instruções.

Na idade média o estudo era fechado e restrito a poucos que possuíam status social. O ensino era especialmente praticado nos mosteiros da igreja católica, aos privilegiados economicamente. As primeiras e principais cátedras foram a teologia moral, cânones religiosos, leis, línguas indígenas e a medicina.

Note-se que a carência de conhecimento científico ou universitário, há pouco tempo atrás permitia, de fato e de direito, a atuação, na administração de justiça do Brasil, de rúbulas - advogados não letrados, para exercerem as funções de juízes, delegados, etc -, também os chamados *Promotores Ad hoc*, advogados escolhidos pelos Presidentes das Províncias e pelos Governadores de Estado, com demissões *ad nutum*, sem carreira e sem qualquer garantia ou prerrogativa para o desempenho das funções, que ora era de acusação e ora de defesa; sem olvidarmos os delegados de polícia denominados de “calças curtas”, que ainda existem no território nacional.

No contexto filosófico-jusnaturalista, os Direitos Humanos são inerentes à pessoa humana, independentemente de tempo ou lugar, porque são absolutos e imutáveis; no contexto histórico-universal são direitos de todas as pessoas, assegurados nos tratados, pactos, convenções e declarações; já no contexto constitucional são aqueles direitos reconhecidos e positivados na Constituição de um Estado, na qualidade de status de direitos fundamentais. Em outras pa-

lavras, os Direitos Humanos são os Direitos Fundamentais, que fazem parte do outro, se integram e se integralizam, não se separam, trata-se de uma ordem legal reconhecida e harmônica¹⁰.

É um grande equívoco pensar em Direitos Humanos somente quando o assunto se refere a presos e processados pela justiça criminal. Os Direitos Humanos vinculam-se tanto na área do direito público externo como interno, no direito privado, quando há ofensa aos interesses indisponíveis individuais, sociais, difusos ou coletivos líquidos e certos.

4 - Para a devida e adequada prestação jurisdicional a qualquer tipo e forma de ofensas, a independência do Poder Judiciário é primordial como garantia de imparcialidade e proteção dos Direitos Humanos.

Tanto o processo penal como administrativo deve seguir as linhas mestras e reguladoras do processo civil moderno, ramo do direito que melhor proporciona a efetivação do princípio da imparcialidade; razão pela qual se recomenda, na práxis forense, a aplicação e revisão da teoria geral do processo.

Compete ao Estado a proteção das garantias fundamentais (inc.XLI art. 5º CF/88) quando há qualquer lesão ou ameaça a direito (inc. XXXV, art. 5º CF/88), adquirido, líquido e certo (inc. XXXVI, art. 5º CF/88), em que se assegura o direito de petição aos órgãos públicos do governo federal, estadual ou municipal, seja ante o Poder Executivo ou Poder Judiciário, na forma da lei, contra ilegalidades e abuso de poder (inc. XXXIV “a” art. 5º CF/88).

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”(art. 5º “caput” CF/88), homens ou mulheres (inc. I, art. 5º CF/88); e *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”* - ou sentença judicial – (inc. II, art. 5º CF/88).

O princípio da isonomia assegurado pelos instrumentos internacionais de Direitos Humanos e pela Carta Magna (art. 5º “caput” e inc. I e II CF/88) deve ser aplicado segundo as regras de igualdade substancial, sem desprezar os critérios de proporcionalidade e de distribuição.¹¹

Ao se falar de celeridade processual e do direito ao acesso aos juízos e tribunais, quanto ao prazo razoável para a tramitação processual, o jurista pátrio

¹⁰ DIREITOS HUMANOS significa(m): Direitos Naturais; Direitos dos Povos; Direitos das Gentes; Direitos inderrogáveis; Direitos inalienáveis; Direitos irrevogáveis; Direitos indispensáveis; Direitos indisponíveis; Direitos autoaplicáveis; Direitos fundamentais; Cláusulas Pétreas de Respeito Humano; Código Modelo da Humanidade; Consolidação de Princípios Reitores; Vade-Mécum da Justiça Democrática; Compêndio Sócio-Político-Econômico-Cultural; Normas Consuetudinárias Prevalentes; Mandamentos Supremos de Direitos e Deveres; Lei da Verdade Humana; Lei da Lógica e Razão Humana; Lei Superior da Humanidade; Lei Universal Máxima; Lei da Dignidade Cidadã; Lei da Igualdade Humana; Carta Magna da Terra; e Constituição do Planeta.

¹¹ MAIA NETO, Cândido Furtado in *“Direito Constitucional-Penal do Mercosul...”*, ed. Juruá, Curitiba, 2005.

exponente da Escola de Direito do Recife, Tobias Barreto, certa vez definiu que a justiça brasileira é “tardinha”¹².

A tramitação adequada dos processos é dever jurisdicional como prestação e serviço estatal essencial à cidadania, razão pela qual precisa ser efetiva, eficiente à luz dos princípios de justiça e dos Direitos Humanos.

Façamos uma rápida e objetiva retrospectiva quanto aos modelos de Estado, para diferenciar épocas e suas reais proteções aos direitos fundamentais.

A história registra o Estado Liberal e o Estado Novo ou Estado de Polícia¹³, na seqüência o Estado de Direito, o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito, este último instituído pela República Federativa do Brasil (art. 1º “caput” CF/88), tendo como fundamento a soberania, a cidadania e principalmente a dignidade da pessoa humana (incs. I, II e III, art. 5º CF/88), em que todo poder emana do povo e em seu nome será realizado (Paráf. único, art. 5º CF/88).

Dentre os objetivos do modelo republicano salientamos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza, reduzindo desigualdades e promovendo o bem de todos (art. 3º CF/88).

Na linha do Estado Democrático de Direito, a doutrina avançada preferiu denominar de Estado Constitucional, Estado de Justiça ou Estado de Direitos Humanos, posto que diz mais aos ideais de segurança jurídica, à confiança e do Estado ético pro “*jus gentium*” do séc. XXI.

O preâmbulo da Carta Magna brasileira possui conteúdo moral e valor jurídico intenso, quanto à categoria de dispositivo legal¹⁴.

É de ser analisada a forma e maneira como foi elaborada e aprovada a Carta Magna brasileira de 1988, sua validade e legitimidade¹⁵.

Entendemos ser estéril a diferenciação entre gerações, conceitos ou definições de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Na verdade pertencem à

¹² “Estudos de Direito”; Ed. Bookseller, Campinas, SP, 2000.

¹³ Este como Estado Autoritário ou também Regime Militar. Durante o governo de Arthur da Costa e Silva - 15 de março de 1967 a 31 de agosto de 1969 - o país conheceu o mais cruel de seus Atos Institucionais. O Ato Institucional Nº 5, ou simplesmente AI 5, que entrou em vigor em 13 de dezembro de 1968, era o mais abrangente e autoritário de todos os outros atos institucionais, que, na prática, revogou os dispositivos constitucionais de 67, além de reforçar os poderes discricionários do regime militar, destruiu o dever jurisdicional de proteção aos direitos elementares dos cidadãos, colocou para escanteio o Poder Judiciário e aniquilou os Direitos Humanos. O Ato vigorou até 31 de dezembro de 1978.

¹⁴ SOUZA ARAUJO, Sérgio Luiz: “*Ideologia e Eficácia do Preâmbulo nas Constituições*”, pg. 515; in “*Notáveis do Direito Penal*”, Livro em Homenagem ao Emérito Prof. Dr. René Ariel Dotti, Ed. Consulex, Bsb, 2006, Organizador MAIA NETO, Cândido Furtado.

¹⁵ MAIA NETO, Cândido Furtado: “*CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA: Manobras e violações jurídico-legais*”. www.direitoshumanos.pro.br

lex naturalis, indivisível e perene, ainda que não escritos, aderidos ou ratificados em convenções ou pactos internacionais.

A este exemplo, citamos o valor moral e até jurídico da Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, ainda que não tenha passada pelo crivo do processo legislativo próprio (art. 59 segts CF/88).

Do mesmo modo se considera a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão originária da Revolução Francesa (1789), pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade que movem todos os seres humanos em qualquer espaço geográfico de nosso planeta.

Os Direitos Humanos, ou Direitos Fundamentais, positivados ou não, possuem características de universalidade, interdisciplinariedade e transdisciplinariedade. Assim acontece com os elementos que regem a vida: **fogo, terra, ar e água**, todos ligados entre si e dependentes um do outro. A estes elementos devemos agregar a **Justiça**. Sem Ela, tornar-se-ia impossível a efetivação dos Direitos Humanos.

Por volta da década de 70, no sec. XX, na Europa, um grupo de magistrados franceses, italianos e espanhóis, preocupados com a não efetivação dos Direitos Fundamentais¹⁶ expostos nas Cartas Magnas dos respectivos países, e não implementados pelo Poder Executivo e nem regulamentados pelo Parlamento, iniciaram um movimento jurídico-social em prol das garantias individuais dos cidadãos, para a correta aplicação das normas vigentes na linha dos princípios da Lei Maior.

Deu-se então origem ao denominado **Uso Alternativo do Direito**. Ideais que só chegaram ao Brasil após 20 anos, ao final da década de 90, severamente combatido pela doutrina e jurisprudência pátria, pondo fim às publicações (revistas especializadas) e aos precursores brasileiros (hoje, “Juízes para a Democracia”, SP, RJ e RS).

De acordo com os postulados internacionais mais modernos dos Direitos Humanos, devemos evitar a repetição de “*O Processo*” de Franz Kafka, ou “*As Misérias do Processo*” de Francesco Carnelutti, mestre italiano que ensina a reaprender - nos dias atuais - a teoria geral do processo à luz dos Direitos Humanos “*Como se faz um Processo*”, através da necessidade do garantismo jurídico¹⁷, e do sistema judicial acusatório democrático, ante as exigências de respeito à dignidade da pessoa humana, como dever primaz do Estado.

Ademais, a **Comissão de Direitos Humanos** (CDH) da ONU, na qualidade de órgão previsto no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, de

¹⁶ ver Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, 1950.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi: “*Derecho y Razón*” Ed. Trotta, Madrid, 1995.

1996, ratificado em 1992, para o monitoramento das garantias fundamentais¹⁸; também o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificados pelo governo brasileiro em 1992, via ECOSOC – Conselho Econômico Social, órgão das Nações Unidas que, desde 1970, vem aprovando Resoluções extra-convencionais de monitoramento e supervisão dos Direitos Humanos, dentre as quais destacamos:

Procedimento 1503, com característica de confidencialidade, com designação de relatores especiais para análise de casos coletivos graves e não individuais, como: genocídio, apartheid, discriminação étnica e racial, tortura, migração em massa forçada, e prisão em massa sem julgamento.

O Procedimento 1235 se refere a um amplo debate público sobre as graves violações de Direitos Humanos, que visa condenar os infratores, com a admoestação pública internacional, que pode manchar a reputação dos líderes de Estado.

Procedimentos Especiais são missões in loco de investigações, mecanismos especiais e mandatos temáticos, através de serviços consultivos realizados por *Experts* em Direitos Humanos.

Na proteção dos Direitos Humanos, no âmbito regional, destacamos o Pacto de Jose da Costa Rica ou também chamada Convenção Americana sobre Direitos Humanos, estabelecendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos (arts. 52/69), cuja jurisprudência segue as linhas do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Comissão Européia de Direitos Humanos¹⁹, a titulo de direito internacional comparado, para a proteção dos direitos fundamentais, cuja análise dos seus julgados e decisões fica para próximo trabalho monográfico.

Foram os juristas ortodoxos de plantão e a serviço do continuísmo que impediram e impedem, no Brasil, até os nossos tempos, a implementação e efetivação dos Direitos Humanos.

5. A base de interpretação e aplicação correta dos Direitos Humanos se encontra na principiologia, no estudo da hermêutica e da exegese, literal, histórica, lógica e racional.

São os princípios de justiça e de equidade que norteiam os Direitos Humanos, dando validade hierárquica e legitimidade, segundo as regras da intertemporalidade e da antinomia de 1º e 2º grau.

Sobre formas de interpretação admitidas no ordenamento pátrio à luz

¹⁸ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU/1966, aderido pelo governo da República Federativa do Brasil através do Dec.nº 592/1992), no mesmo ano em vigor e plena validade para o ordenamento jurídico brasileiro interno, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU/1966).

¹⁹ Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, ver artigo 19 e seguintes).

dos Direitos Humanos, encontramos na legislação o disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal (Dec-lei nº 3.689/41), os arts. 2º e 3º do Código de Processo Penal Militar (Dec-lei nº 1.002/69), cuja interpretação deve ser sempre restritiva e a favor do réu.

Por sua vez, a Lei de Introdução ao Código Civil (Dec-lei nº 4.657/42), art. 2º usque 6º, especificamente o art. 5º expressa “*na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”; na CLT, Consolidação das Leis do Trabalho (Dec-Lei nº 5.452/43), o art. 912, reza: “*...terão aplicação imediata dispositivos de caráter imperativo*”, e o Código Tributário (Lei nº 5.172/66, art. 100 e 107 a 112).

Torna-se oportuno destacar juiz federal norte-americano, quando faz paralelo entre a interpretação judicial e a musical: Jerome Frank²⁰.

Se a música é ciência, o direito é arte de bem interpretar e aplicar as normas no caso concreto, sempre à luz dos Direitos Humanos Fundamentais individuais ou coletivos.

Soberania das leis diz respeito à autodeterminação dos povos (art. 1º PI-DCP) e aos limites do exercício do poder estatal ante a teoria da globalização, da mundialização ou da internacionalização dos Direitos Humanos, cuja proteção se desenvolve nacional, regional – continental – e internacionalmente.

Decidiu o Pretório Excelso - STF: ao existir conflito entre dispositivo legal e princípio, este prevalece.

A Convenção de Viena - Direito dos Tratados, 1969, expressa que não é permitido aplicar a legislação interna para menosprezar, aniquilar ou desrespeitar o contido nos instrumentos de Direitos Humanos²¹.

O conceito de parametricidade e os princípios implícitos e explícitos compõem os blocos da constitucionalidade e da legalidade, respectivamente, como ensina o Prof. Sergio Borja, da UFRGS, que, para se ter a presunção *iuris tantum* e na seqüência a *iure et de iure*, ou seja direito constitucional plasmado

²⁰ “Quando o juiz interpreta uma norma jurídica, faz um trabalho similar ao de um pianista ou de um violinista, quando interpreta uma partitura musical. Não existe dúvida de que o pianista ou o violinista cria algo quando interpreta uma obra musical qualquer. O mesmo ocorre, por exemplo, quando uma orquestra toca a sinfonia de Beethoven, e na execução se aporta algo distinto à partitura musical que se interpreta. E podemos chegar a ainda a dizer: que a música não existe realmente senão quando é interpretada; o direito não vive sua vida plena e autêntica, senão quando é interpretado; o juiz, por outro lado, cria o direito concreto, interpretando construtivamente o sistema, isto é, sem poder ignorar o **ordenamento jurídico**, o músico também não pode ignorar a partitura, porém lhe é permitido a criação de novas notas musicais”. MAIA NETO, Cândido Furtado, in “Música, Arte, Poesia e Ciência Penal: Direitos Humanos em prosas e versos. Justiça e Amor as Máximas expressões”; www.tribunadajustica.com.br junho-2006; Caderno Direito e Justiça, Jornal O Estado do Paraná, pgs., Curitiba-PR, 25.3.2007, pg. 8/9; www.jusvi.com. Novembro-2007; www.universo-juridico.com.br (Prolink Publicações – 03.3.2008).

²¹ MAIA NETO, Cândido Furtado, in “Promotor de Justiça e Direitos Humanos”, ed. Juruá, Curi-

ou um *continuum juris*.

Ademais, a teoria da incorporação de Heinrich Triepel, em que a ordem interna recepciona a ordem internacional e lhe dá valor superlativo, por osmose – pressão, ante os compromissos internacionais e o estabelecido na Carta Magna, principalmente quanto aos seus objetivos e fundamentos, de acordo com o sistema ou regime político consagrado.

Ensina Rezek, ex-ministro da Corte Suprema de controle da legalidade e da constitucionalidade²².

A Emenda Constitucional nº 45/2004 dá valor aos tratados e convenções internacionais, bem como o Código de Processo Penal e o Código de Processo Penal Militar, apesar de ambos terem sido aprovados durante o Estado Novo e o Regime Militar, infelizmente ainda “vigorando” segundo o “jeitinho brasileiro”, de forma permitida pelos doutos, mestres e juristas, seja através de deturpada doutrina e equivocada jurisprudência, com “datíssima vênua”.

De outro, na Carta Magna as **garantias fundamentais são autoaplicáveis** (§ 1º art. 5º CF/88) em face da consideração de **cláusulas pétreas** (§ 4º, inc. I do art. 60 CF/88)²³; cuja limitação ou restrição somente se encontra autorizada nas hipóteses de declaração de Estado de Defesa ou de Sítio (arts. 136/137 CF/88); dependendo ainda de comunicações *in continenti* ao Secretário Geral das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos, como mandam os instrumentos internacionais aderidos e ratificados pelo governo brasileiro (Dec. nºs. 592/92 e 678/92).

No contexto da Teoria do Direito Constitucional e da Teoria dos Direitos Humanos têm-se, de forma implícita e explícita, as garantias fundamentais referidas no artigo 6º da Carta Magna, quanto aos direitos sociais em respeito à tolerância, solidariedade, relativismo religioso e pluralismo cultural, face à recepção do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU/1966 – Aderido/Ratificado pelo Dec. nº 591/1992).

O sistema de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis apresenta-se, ora na forma concentrada (art. 103 CF/88), ora difusa para outros, e ainda mista para alguns. Os artigos 102, I e 103, I a IX da Carta Magna cc. a lei nº

tiba, 2ª ed., 2007.

²² “Existem certos direitos individuais cujo respeito e consenso exige a comunidade internacional. São os direitos da pessoa humana, reconhecidos pela **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, ainda que não tenha natureza de Tratado, por não haver sido regularmente celebrada como determinam as normas do direito internacional público, tem força como se assim fosse, e para alguns tratadistas está na categoria dos Documentos indenunciáveis, o que tecnicamente não é exato, mas politicamente é uma realidade”, in REZEK, Francisco in “A Constituição Brasileira e as Normas de Direito Internacional Humanitário”; Coleção Relações Internacionais nº 6, do Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais (PRI), Brasília-DF, Ed. Escopo, out/1988, pg. 97.

²³ MAIA NETO, Cândido Furtado in “CLÁUSULA PÉTRETA E DIREITOS HUMANOS: Verdades,

9.868/99 de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a ação declaratória de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), são exemplos de processo civil jurisdicional constitucional, no Estado Democrático - *due process of law* -, donde provêm a questão da recepção das normas, vigência e validade.

No art. 5º da Constituição Federal e nos documentos de Direitos Humanos encontramos a base da Teoria Geral do Processo ou do Processo Jurisdicional, através dos princípios prevalentes ou gerais, porque a dicotomia Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional se esgota em si mesma.

O direito constitucional frente ao direito processual dando valor e legalidade às regras infraconstitucionais, sempre submetidas aos mandamentos expressos nos Direitos Humanos para efetivar o Estado de Justiça, em que no valor-meta - justiça - imperam os princípios e não as regras ordinárias.

Regras são normas ou dispositivos legais que disciplinam uma determinada situação fática que possuem incidência no direito vigente. Para a regra é tudo ou nada, aplica-se ou não. Num conflito entre regras, uma afasta a outra - lei especial revoga geral ou lei posterior revoga anterior -, interpretação clássica que se dá a uma situação concreta.

Já os princípios não descrevem uma conduta certa ou determinada - caso concreto - mas expressam critérios e razões lógicas para uma decisão ou tomada de posição, cuidando de um todo e de várias situações, como diretrizes gerais. Os princípios se realizam através de seus pesos, segundo a dimensão de maior ou menor grau. Não há conflitos entre princípios, sim colisão, não se anulam, mas se completam ou complementam (lei da ponderação).

Existem princípios que se coadunam com o regime autoritário de governo, e aqueles que se adaptam ao sistema acusatório democrático, princípios gerais do processo civil, penal, administrativo e trabalhista democrático, de direito público e humanitário²⁴.

Tanto para o Processo Administrativo como para o Tributário, a Constituição Federal estabelece: “*em todo processo administrativo ou judicial, segundo o rito ou procedimento adequado, garante-se a ampla defesa e o contraditório*” (art. 5º LV CF/88). Não há que se falar em sistema inquisitivo no Estado De-

conceitos e definições à luz da Constituição federal brasileira”

²⁴ do direito de ação (justa causa, iniciativa das partes); de acesso universal à jurisdição (direito de petição-impulso processual); do devido processo legal (respeito às garantias judiciais); da isonomia (ante a lei e do tratamento perante os tribunais); da proibição de discriminação (racial, status social, sexo, idade, ...); do contraditório-ampla defesa (p/ todos os processos e procedimentos); in dubio pro Direitos Humanos (interpretação favorável); do duplo grau de jurisdição (revisão de tribunais superiores); da boa-fé (proibidade-lealdade processual *versus* litigância de má-fé); do juiz e do promotor naturais (proibição de tribunal de exceção); da legalidade-taxatividade (reserva objetiva de

mocrático à luz da releitura do Direito Jurisdicional Constitucional: encontra-se proibido o cerceamento de defesa em qualquer área da administração pública ou instância jurídica.

Quando tratamos de ampla defesa e do contraditório, estes princípios sempre estão a se referir ao processo penal. Assim expressa a Constituição federal e consta nos Pactos e Convenções de Direitos Humanos, nas garantias judiciais²⁵. Existe, portanto, nesse sentido, uma grande lacuna e uma enorme carência nos próprios instrumentos internacionais, por não se tratar e não deixar mais amplamente expresso o princípio da ampla defesa e do contraditório também no processo civil²⁶. Seria mais correto e adequado assegurar os princípios básicos e gerais do processo, em um título ou capítulo único que se referisse ao processo penal, civil e administrativo.

Os Direitos Humanos estão presentes, tanto no direito público, como no privado; no direito formal - processual - encontramos e dispomos da fórmula adequada, permitida e concedida ao poder jurisdicional estatal para exercer o processo e julgar ofensas asseguradas no direito substantivo ou material - civil -, essenciais ou indisponíveis da cidadania.

Do direito civil romano nasceu o direito processual civil. Na práxis jurisdicional o direito substantivo depende do direito adjetivo ou formal, do contrá-

direitos fundamentais); da publicidade-transparência jurisdicional (exceto aqueles em segredo); da disponibilidade e da indisponibilidade (oportunidade); da indelegabilidade (de função jurisdicional); da independência funcional (autonomia); do impulso oficial (atos processuais *ex officio* despachos judiciais); do *onus probandi* (quem acusa e interpõe ação deve provar); da presunção de inocência (não culpabilidade antecipada); da livre investigação da prova (proibição produção de provas ilícitas); da oralidade (transparência); da proibição de acolhimento de provas ilícitas (proibidas ou ilegítimas); da verdade real e formal (equidade - princípios de justiça); da obrigatoriedade da motivação (ofensa a direito); da exteriorização (materialização fática); da economia processual (instrumentalidade atos necessários); da utilidade da demanda (movimento útil da máquina judiciária); da insignificância (mínima intervenção, ofensa ou mínima lesão); - princípio da inércia (*no iudex ex officio*); da proteção dos bens jurídicos (tutela estatal dos direitos indisponíveis); da responsabilidade pessoal (individualização); da responsabilidade objetiva-subjetiva (culpabilidade, art.186/187/927); da sanção ou da imposição judicial digna (proporcionalidade); - princípio da razoabilidade de tempo do processo (efetividade jurisdicional); da imparcialidade (suspeições e impedimentos); do livre convencimento (persuasão racional do juiz); princípio da identidade física do juiz (suspeição e impedimentos); da imediatividade (concentração de atos); tudo com base no princípio da prevalência dos Direitos Humanos.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini: “*Teoria Geral do Processo*”; Ed. Malheiros, SP, 2005.

²⁶ Quando o artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA/69), expressa: “... para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”, está se referindo aos direitos e obrigações do réu, e não à questão de direitos e obrigações das partes litigantes na jurisdição civil. Daí a necessidade de novas redações e/ou de readequações nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos, a fim de estabelecer categoricamente os princípios gerais, nos vários ramos e áreas do direito, e não somente na jurisdição penal.

rio estaríamos diante de meras teorias inaplicáveis ou teorias estéreis.

O desenvolvimento e aplicação dos Direitos Humanos depende do aprimoramento do processo civil, penal, administrativo, tributário e trabalhista, como atividade jurisdicional e serviço público essencial do Estado para a distribuição, utilidade e efetivação do poder-dever de julgar.

Com as reformas da administração de justiça brasileira e as históricas mudanças no direito e no processual civil comum²⁷, este passa a ser regras gerais norteadoras da jurisdição democrática (ex. art. 769 CLT “*Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do Direito Processual do Trabalho...*”; e art. 182 do ECA “*Aos procedimentos regulados nesta lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais prevista na legislação processual pertinente*”; ou seja, civil ou penal).

Primeiro passo é ampliar o acesso à justiça como garantia fundamental da cidadania, numa nova postura e não tímida para a **nova jurisdição democrática**, aplicada e avançada, na análise da justa causa (CPP) e da causa de pedir (CPC), para o **redimensionamento dos fins do direito** quanto à possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e a legitimidade *ad causam*, frente ao direito de petição do ofendido (propositura de ação), do direito *potestativo* do Estado (*potestad* estatal de imposição e de eliminação para reparação e indenização de lesão) e do direito de defesa do demandado (do réu). Na jurisdição civil ou penal (quanto ao objeto), comum ou especial (quanto aos órgãos), inferior ou superior (quanto à hierarquia), buscando-se especialmente justiça por equidade, ainda em detrimento das normas positivas infraconstitucionais (da lei), mas com base nos Direitos Humanos que lhe dão legitimidade ao processo, através da justa composição da lide num prazo razoável para a prestação jurisdicional, devida e legal.

²⁷ Lei nº 8.950/94, disciplina recurso especial e extraordinário. Lei nº 8.952/94, tutela jurisdicional antecipada e específica da obrigação de fazer e não fazer. Lei nº 8.953/94, sobre processo executivo e embargos à execução. Lei nº 9.099/95, cria os Juizados Especiais Cíveis. Lei nº 9.139/95, disciplina recurso de agravo. Lei nº 9.245/95, altera o procedimento sumaríssimo. Lei nº 9.037/96, da arbitragem. Lei nº 9.507/97, do instituto do habeas data. Lei nº 9.756/98, disciplina conflitos de competência e recursos. Lei nº 9.800/99, prevê o processo eletrônico via petição por fax-simile. Lei nº 9.868/99, sobre processo de ação direta de inconstitucionalidade e de declaração de constitucionalidade. Lei nº 9.882/99, sobre arguição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 10.173/2001, dá prioridade na tramitação de processos com idosos de 75 anos de idade. Lei nº 10.358/2001, dever de lealdade processual. Lei nº 10.444/02 tutela antecipada ao procedimento sumário à execução forçada. Lei nº 10.406/2002, institui o Código Civil. Emenda Constitucional nº 45/2004, sobre reforma da administração da justiça. Lei nº 11.101/2005, nova Lei de Falência. Lei nº 11.187/2005, sobre recurso de agravo. Lei nº 11.232/2005, princípios gerais de cumprimento de sentença. Lei nº 11.276/2006, interposição de recursos e saneamento de nulidades. Lei nº 11.277/2006, resolução imediata do processo. Lei nº 11.280/2006, reconhecimento de ofício de incompetência relativa. Lei nº 11.382/2006, princípios gerais de execução. Lei nº 11.417/2006, súmula vinculante. Lei nº 11.418/2006, repercussão geral no recurso extraordinário. Lei nº 11.419/2006, processo eletrônico; e assim por diante...

Nesse sentido, “*a imperiosa necessidade da defensoria pública*”, como bem ressalta o eminente professor José Bolívar Bretas²⁸ como serviço essencial da administração da justiça e indispensável ao exercício do poder jurisdicional do Estado, em tutela aos direitos dos cidadãos carentes financeiramente (Lei nº 1.060/50; Lei Complementar nº 80/94; Lei nº 11.449/70; EC nº 45/04, art. 134 § 2º CF/88; Dec. 62.978/68, que promulga Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita entre Brasil e Argentina).

Também quanto ao tema acesso à justiça e assistência jurisdicional, encontramos a lição do ilustre professor Adriano Sérgio Nunes Bretas, advertindo que “*o excesso de prazo no processo penal*”²⁹ atenta contra o Estado de Direito Democrático.

De maneira analógica, e comparativamente, o cidadão verdadeiramente marginalizado no processo civil é aquele que não possui acesso ao judiciário, não consegue fazer valer e ter direitos líquidos e certos, compondo o grupo de indivíduos pertencentes à esfera da exclusão social jurisdicional estatal.

No processo penal a exclusão social é daquele cidadão acusado de ilícito que têm violados seus direitos processuais fundamentais básicos, de defesa, dentre eles o princípio da presunção de inocência, muitas vezes desrespeitado nas próprias decisões judiciais, em afronta à dignidade da pessoa humana, no cerceamento do *ius libertatis* devido e legal.

A crise do direito se origina e se manifesta nos dias atuais através:

- do desrespeito aos Direitos Humanos,
- da violação da ordem jurídica interna e externa,
- da incorreta aplicação e interpretação das leis,
- do descumprimento dos deveres jurídicos,
- da repressão e da exclusão jurisdicional velada, e por fim,
- a não funcionalidade e o desentrosamento da administração de justiça.

Norberto Bobbio³⁰, um dos maiores pensadores do século, sugere que devemos trabalhar a ciência jurídica ou a chamada teoria do direito, e não a ideologia do direito - política -, para interpretar a norma, acolhendo cientificamente

²⁸ in Caderno Direito e Justiça, O Estado do Paraná, Curitiba, 16.12.2003, pg. 8-9.

²⁹ Ed. JM, Curitiba, 2006. Ver ainda do mesmo autor: “*Da (In)Compatibilidade entre Liberdade Provisória e Crimes Hediondos*”; Caderno Direito e Justiça, O Estado do Paraná, Curitiba, 30 de maio e 06 de junho de 2004 pg. 02.

³⁰ in “*A filosofia jurídico-política*” trad. Bueno, Roberto, ed. Mackenzie, SP, 2006, e “*O Positivismo Jurídico*” Lições de Filosofia do Direito; ed. Ícone, São Paulo, 1995.

o método correto (grifei).

Não pode haver desajustes entre a letra e o espírito da lei (*mens legis*), entre a vontade expressa e a vontade presumida do legislador (*lex minus dixit quam voluit*), para a devida e autointegração, momento ativo e criativo do direito concreto. Ativo refere-se ao momento legislativo, já o criativo é a forma artística-jurídica segundo o método científico do direito aplicado ou judiciário, ou, ainda, direito jurisdicional, constitucional, politicamente correto.

Assim, o direito judiciário ou jurisdicional, na práxis forense contemporânea, precisa ganhar força e se reafirmar, a cada dia, através de uma jurisprudência compromissada com as garantias fundamentais constitucionais da cidadania, em favor da ciência e dos princípios gerais democráticos. Não pelo método utilizado via jargões do tipo: “entendimento de 2º grau majoritário”, “decisão unânime dos tribunais superiores”, “jurisprudência predominante” etc., expressões e “jogos de palavras” que acabam com a autonomia funcional e a livre criação de 1ª instância, destruindo muitas vezes a própria razão e a ética do poder dever de julgar estatal.

A interpretação do Direito tornou-se questão central no debate jurídico para os seus operadores. O Prof. Sergio Luiz Souza Araújo, da UFMG, lembra Carnelutti: “*a sentença judicial é a lei mais perfeita que existe*”, pois ela não é geral, mas específica, não é impessoal, mas estabelece intuito *personae*, não é abstrata, mas trata de um caso concreto, na obra de Hélio Tornagui³¹.

Vale aqui a redundância: “**são fundamentais os cidadãos operadores do direito para a defesa dos direitos fundamentais da cidadania**”. Ombudsmen dos Direitos Humanos são os advogados, magistrados, representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública³².

“*Todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo*” devem respeito à ética profissional e ao código deontológico (art. 14 da Lei nº 10.358/01, CPC), nas melhores e mais abalizadas lições do professor doutor Celso Hiroshi Iocohama³³, quando menciona a amplitude subjetiva da lealdade processual. Para tal desiderato, não se pode olvidar a imparcialidade e a probida-

³¹ Tornaghi: “a lei é indústria fabril que produz em série; o juiz é artesão, que faz cada obra de arte diversa das outras. O juiz tem que realizar o sonho do matemático e a aspiração do alquimista; a quadratura do círculo e a transformação dos outros metais em ouro. Impossível? E não obstante, deve! Tem que adequar a lei inflexível à flexibilidade dos fatos: transmutar a miséria dos metais humanos no ouro das soluções perfeitas.” in “A relação processual penal”, p.155.

³² ver Princípios Básicos à Função dos Advogados, ONU/ 1990; art. 35, I da Lei Complementar nº 35/1979; e Princípios Básicos Relativos à Independência da Magistratura – ONU/1985, Res. nº 40/32 e 40/146 da Assembléia Geral das Nações Unidas; e Regras para os Agentes do Ministério Público pelas Nações Unidas de 1990; Lei nº 1.060/50 e Lei Complementar nº 80/94, da Defensoria Pública; art. 133/134 § 2º CF/88 cc. art. 2º da Lei nº 8.906/94, respectivamente.

³³ “*Litigância de Má-fé...*”, ed. Juruá, Curitiba, 2006.

de das autoridades públicas; do contrário incorrerão em responsabilidade penal, civil e administrativa (Lei nº 4.898/65, de abuso de autoridade), e o Estado queda sujeito às sanções impostas por organismos externos de proteção aos Direitos Humanos (Comissões, Cortes de justiça internacional e interamericana³⁴, Tribunal Penal Internacional, Corte de Haia etc.).

Indenizar o erro judiciário (art. 5º inc. LXXV CF/88)³⁵, pelo dano moral à pessoa física e jurídica, compete ao Estado, ante o dever de preservar a integridade pessoal e moral das pessoas (art.38 CP, art. 40 LEP, art. 5º III e XLIX CF/88), a proteção da imagem, da vida privada (inc.X art. 5º CF/88), e da honra (art. 138 e segts.CP, calúnia, difamação e injúria).

Rui Barbosa asseverou: *“quando o funcionário ou servidor público ultrapassa os limites de sua função e da lei, torna-se o maior e mais perigoso delinqüente”*.

“A luta pelo direito e sua finalidade” (Rudolf Von Jhering), ou melhor, *“a luta pela efetivação dos Direitos Humanos”* em respeito à herança histórica da humanidade, continua, presente e permanente, para a implementação das promessas modernas, frente à autoindagação acadêmica: *“O que é Justiça”* (Hans Kelsen).

Sócrates, um dos maiores filósofos da humanidade, portanto, dos Direitos Humanos, na Grécia antiga, foi contundente: *“virtude e ciência, ignorância e vício são sinônimos”*; e *“se músico é o que sabe música, pedreiro o que sabe edificar, justo será o que sabe justiça”*.

Por sua vez, no *século XVII* e início de *XVIII*, período do iluminismo, Montesquieu clamava por reforma do direito repressivo e pela independência do Poder Judiciário, através da separação dos poderes; Voltaire predicava a renovação dos costumes judiciais; e Rousseau manifestava-se pelos fundamentos da liberdade política e da (des)igualdade dos cidadãos.

Quando o homem olhou para as estrelas - para cima ou para mais longe - descobriu que a Terra não era o centro do Universo; descobriu que a Europa não está no centro da Terra, e que a Religião não é Ciência.

Hoje estamos re-descobrimo e re-ligando, religião e ciência que andam passo a passo, lado a lado, na forma de espiral na ascendente, e cada vez mais a ciência se encontra dependente da filosofia para desvendar o inexplicável, o invisível³⁶, o saber humano, o que desperta indagações, como: Direitos Humanos ou problemas humanos? Justiça legal ou injustiça social?³⁷

³⁴ Ver Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (OEA/69 - Dec 4.463/02).

³⁵ MAIA NETO, Cândido in *“Direito Internacional do Século XXI, Integração Justiça e Paz”* - Organizador D’ Angelis, Wagner Rocha; ed. Juruá, Curitiba, 2003

³⁶ *A física da Alma* e *“O Universo Autoconsciente”*, GOSWAMI, Amit.

³⁷ MAIA NETO, Cândido Furtado, e LENCHOFF, Carlos, in *“Criminalidade, Doutrina Penal e*

Negação de justiça caracteriza injustiça, “*toda injustiça é crime*” e “*todo crime é pecado*”, sem confundirmos direito, moral e religião, porque são linhas em paralelo com a ciência e filosofia, nos ideais de Thomas Hobbes³⁸, para bulir, sacudir e remexer os saberes, a ética e a virtude, com perdão aos incrédulos, a exemplo do maior precursor dos Direitos Humanos³⁹, quando disse: “*Pai, Eles não sabem o que fazem*”.

6. Concluímos citando Comparato⁴⁰, quando se refere: “*Não sejamos ridículos. A Constituição de 1988 não está mais em vigor. É pura perda de tempo discutir se a conjunção “e” significa “ou”, se o “caput” de um artigo dita o sentido do parágrafo ou se o inciso tem precedência sobre a alínea. A Constituição é hoje o que a Presidência quer que ela seja, sabendo-se que todas as vontades do Planalto são confirmadas pelo Judiciário.*

As Ordenações Filipinas, que vigoraram entre nós por muito tempo, cominavam dois tipos de pena capital: a morte natural e a espiritual. A primeira atingia o corpo; a segunda, a alma. O excomungado continuava a viver, mas só fisicamente: sua alma fora executada pela autoridade episcopal, com a ajuda do braço secular do Estado.

Algo semelhante aconteceu com nossa Carta. Ela continua a existir materialmente, seus exemplares podem ser adquiridos nas livrarias (na seção das obras de ficção, naturalmente), suas disposições são invocadas pelos profissionais do Direito no característico estilo “*boca de foro*”. Mas é um corpo sem alma. Hitler, afinal, não precisou revogar a Constituição de Weimar para instaurar na civilizada Alemanha a barbárie nazista: simplesmente relegou às traças aquele “*pedaço de papel*”.

A única razão de ser de uma Constituição é proteger a pessoa humana contra o abuso de poder dos governantes. Se ela é incapaz disso, porque o governo dita a interpretação de suas normas ou as revoga sem maiores formalidades, seria mais decente mudar a denominação –” o Presidente da República, ouvido o Congresso Nacional e consultado o Supremo Tribunal Federal, resolve:

Filosofia Espírita”, Ed. Lake, São Paulo, 2005.

³⁸ Autor de *Levitã* (1615) - versão popular de uma obra de filosofia política, em latim sob o título “*De Cive*” – foi e será um dos maiores pensadores universais. Tomas Hobbes nasceu em 1588, e faleceu no ano de 1679, provocando muito desconforto aos realistas da sua época, pois falava as verdades do sistema político, e muitos não gostavam que fossem difundidas. Ver MAIA NETO, Cândido Furtado, in “Direitos Humanos e Justiça Penal no pensamento de Thomas Hobbes: Perspectivas para um Ministério Público Democrático”; Portal Clube Jurídico do Brasil www.clubjus.com.br, 09/2007; Portal Universo Jurídico www.u.j.com.br, 18.2.2008.

³⁹ MAIA NETO, Cândido Furtado, in “*JESUS CRISTO: MAIOR E VERDADEIRO PRECURSOR DOS DIREITOS E DEVERES HUMANOS: Anunciador da Justiça de todos os Tempos, Gerações ou Dimensões*”; Jornal O Estado do Paraná – Caderno Direito e Justiça, pg.07, 02.9.2007, Curitiba-PR.

⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder “Uma morte espiritual” – Folha de São Paulo, 14/05/1998.

a Constituição da Republica Federativa do Brasil passa a denominar-se regimento interno do governo”

Ao agente do Ministério Público incumbe promover e procurar justiça, denominação dada aos cargos de Procurador e de Promotor de Justiça. Os Procuradores da República atuam em nome da “*res*” pública, ou seja, da coisa pública cujo povo é seu legítimo e único dono; portanto, os Procuradores da República não exercem funções de defesa do governo ou dos governantes, mas trabalham em prol dos Direitos Humanos indisponíveis da cidadania, como devem fazer os representantes do *Paquet* estadual, nos termos da Constituição federal (art. 127 CF).

Como instrumentos legais para a proteção jurídica doméstica dos Direitos Humanos, destacamos na legislação pátria a ação civil pública (Lei nº 7.347/85); a ação popular (Lei nº 4.717/65); os mandados de injunção (art. 5º LXXI, CF/88) e de segurança (Lei nº 1.533/51, art. 5º LXIX e LXX CF/88); os institutos do habeas corpus e do habeas data (incisos LXVIII, LXIX e LXXII art. 5º CF/88); ademais da ação rescisória (art. 485 do CPC; ex. revisão criminal art.621, II e 626 do CPP).

Roguemos *in spe* por **JUSTIÇA SOCIAL**, por respeito à Carta Magna, *in totum, ab initio e ad unum*, por completo, do início ao fim, em prol dos **DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DA CIDADANIA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA**.

Os Direitos Humanos são como uma sentença judicial transitada em julgado, cumpre-se e não se discute.

As ofensas aos Direitos Humanos sociais ou individuais, seja no âmbito da jurisdição penal ou civil, são praticadas pelo Estado, através de seus agentes, servidores ou autoridade e não pelos cidadãos, como ainda pensam alguns.

São os funcionários públicos que atentam contra os direitos fundamentais da cidadania, como verdadeiro crime organizado de *lesa humanidade*.

O renomado professor René Ariel Dotti⁴¹, um dos expoentes e principal líder do denominado “*Movimento Antiterror*”, propõe, como Missão da Magistratura, conscientizar a comunidade jurídica para não permitir e responsabilizar excessos no processo penal, também ante as arbitrariedades e abusos, no que tange aos Direitos Humanos, na instância do processo civil.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, S. L. S. Ideologia e eficácia do preâmbulo nas constituições. In: MAIA NETO, C. (Org.). **Notáveis do direito penal**. Brasília: Consulex, 2006.

⁴¹ Ed. Juruá, Curitiba, 2005.

BARRETO, T. **Estudos de direito contemporâneo**. Campinas: Bookseller, 2000.

BERISTAIN, A. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília: UNB, 2000.

_____. **Derecho penal, criminología y victimología**. Curitiba: Juruá, 2007.

FERRAJOLI, L. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.

GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. de A.; DINAMARCO, C. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAIA NETO, C. F. **Código de direitos humanos: para a justiça criminal brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. O ensino dos direitos humanos e as ciências penais nos cursos jurídicos do Brasil. **Revista Jurídica UDC Faculdade de Direito/Foz do Iguaçu**, Curitiba, v. 1, n. 1, 2004.

_____. **Direito constitucional penal do mercosul: direitos humanos, meio ambiente e legislação comparada**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. **Promotor de justiça e direitos humanos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

REZEK, F. A constituição brasileira e as normas de direito internacional humanitário. **Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais (PRI)**, Brasília, n. 6, out. 1988. (Coleção Relações Internacionais).

HUMAN RIGHTS ON CIVIL PROCEDURAL CODE AND DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL JURISDICTION: THE STATE POWER-DUTY IN RESPECT TO PERSONAL DIGNITY AND JUDICIAL SAFETY

ABSTRACT: This study discusses Human Rights in Civil Procedural Law and Civil Law towards constitutional jurisdiction and the Democratic State constituted in República Federativa do Brasil after 1988, with a glance at Mercosul countries. Judicial essay detaches the New Fundamental and Inalienable Rights of Citizenship within a context of rapid jurisdictional rendering of judicial safety and due process, by always having a worth-purpose both justice and general principles accredited by international Human Rights regulations, which were

ractified and followed by Brazilian government as well as those of universal acceptance, whose judicial accreditation deserves attention due to respect to the individual's dignity.

KEYWORDS: Power. Jurisdiction. Human Rights. Justice. Jurisdictional rendering. Judiciary. Fundamental Rights. Due process. Principles. Fundamental guarantees. Inalienable rights. Inconstitutionality. Insensible clause. National and international protection. National legislation. Individual's dignity.

**DERECHOS HUMANOS EN EL PROCESO CIVIL Y JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA: PODER-DEBER ESTATAL
DE RESPETO A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y SEGURIDAD
JURÍDICA**

RESUMEN: Estamos ante un estudio sobre los derechos humanos en el proceso civil y derecho civil, respecto a la jurisdicción constitucional y el Estado Democrático instituido por la República Federativa de Brasil, tras 1988, y con rápido destaque a los países del Mercosur. Este ensayo jurídico destaca los Nuevos Derechos Indisponibles y Fundamentales de la ciudadanía, en el contexto de la celeridad prestación jurisdiccional, de la seguridad jurídica y del debido proceso legal, siempre como meta-valor la justicia y los principios generales consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, aquellos adheridos y ratificados por el gobierno brasileño, bien como aquellos de aceptación universal tácita, cuyo reconocimiento jurídico merece atención en nombre del deber de respeto a la dignidad de la persona humana.

PALABRAS CLAVE: Poder. Jurisdicción. Derechos Humanos. Justicia. Mercosur. Prestación jurisdiccional. Poder Judicial. Derechos Fundamentales. Ciudadanía. Constitución. Constitucional. Seguridad jurídica. Debido Proceso Legal. Principios. Garantías Fundamentales. Derechos Indisponibles. Inconstitucionalidad. Cláusula Pétreas. Protección nacional e internacional. Legislación patria. Dignidad de la Persona Humana.

Recebido em / Received on / Recibido en Setembro de 2008
Aceito em / Accepted on / Acepto en Outubro de 2008