

DOCTRINA NACIONAL

DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

A SUPREMACIA DOS PRINCÍPIOS NAS GARANTIAS PROCESSUAIS DO CIDADÃO

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

1. Introdução

A multiplicidade de relações sociais, econômicas, políticas, familiares, educacionais e patrimoniais entre os indivíduos cria direitos e deveres recíprocos para as partes. Esses fatos, ao exigirem regulamentação jurídica, tornam certo o entendimento de que o Direito tem por fim impor ordem, segurança e justiça objetiva na convivência humana. Por essa razão, o Estado e os cidadãos se transformam em responsáveis diretos pela aplicação do direito, quer o de ordem material, quer o de ordem formal.

Os efeitos desse fenômeno numa sociedade política exigem a observância do ordenamento jurídico por todos os indivíduos, ora por se cuidar da prevalência do direito subjetivo de cada pessoa, visando satisfazer os interesses e as pretensões jurídicas perseguidas, ora pela necessidade de imposição do direito objetivo que representa a ordem jurídica com a totalidade das normas em vivência harmônica.

Há, ainda, para dificultar a relação pacífica do direito objetivo com o direito subjetivo o fato de que o último, na expressão de Gustav Radbruch, *in Filosofia do Direito*, Ed. A. Amado, 1979, pp. 207 a 213, aguça o sentimento jurídico no homem e o liberta, dando-lhe uma posição de privilégio, por-

que, pela exigência de sua pretensão jurídica, assegura o direito de defesa a tudo o que lhe pertence por atribuição imperativa da norma jurídica.

A identificação da complexidade assinalada revela, conseqüentemente, não ser possível o estudo das regras jurídicas processuais que garantem os direitos dos cidadãos, apenas à luz singela da norma positiva posta para execução, por exigir concepção muito mais alargada, que passa, necessariamente, por uma visualização dos princípios informativos do direito processual, por eles serem transmissores, de modo explícito ou implícito, das dificuldades já comprovadas de se tornarem eficazes as normas expressivas de tais prerrogativas.

Isso porque é reconhecida a importância dos princípios que, após se articularem com normas de diferentes tipos e características, passam a ser facto que “ilumina” a compreensão das regras processuais constitucionais e as de posição hierárquica menor.

Necessário que se registre a importância do princípio no ordenamento jurídico. Por isso, a Ciência do Direito se preocupa em conceituá-lo, o que faz de dois modos diferentes. No primeiro, princípio é o mesmo que postulado. No segundo, ele é síntese genérica decorrente de certas formulações específicas.

A expressividade científica do princípio e a sua força integrativa ao Direi-

to foram bem postas nos ensinamentos de Jorge Miranda, com as seguintes afirmações:

“O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultada de vigência simultânea; é coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos”.

Completando a clareza do pensamento desenvolvido, conclui: “Os princípios não se colocam pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles - numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais - fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições” (pp. 197-198, in *Manual de Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1990, Tomo I).

Em razão da força acabada de ser destacada, os princípios exercem funções no ordenamento jurídico que podem ser identificados de duas naturezas: a) os que exercem função ordenadora; b) os que atuam com função prospectiva. Os que exercem função ordenadora se vinculam, mais essencialmente, por servirem de diretrizes para a fixação de critérios de interpretação e de integração do Direito, dando, assim, coerência geral ao sistema.

Em se tratando do exercício da função prospectiva, pode-se afirmar que os princípios têm capacidade de impor sugestões para a adoção de formulações novas ou de regras jurídicas mais

atualizadas, tudo inspirado pela idéia do aprimoramento do direito aplicado.

A adoção da trilha exposta demonstra, desde logo, que não obstante a nossa simpatia pelas teorias de Hans Kelsen, admitimos a função axiológica dos princípios jurídicos no sistema de Direito; consideramos a interpretação sistemática como a única válida; aceitamos, sem resistência, a existência do direito subjetivo; acreditamos haver diferença relevante entre nulidade e anulabilidade e que há inconstitucionalidade das normas jurídicas.

Resulta desse sistema que, ao se considerar a complexidade dos elementos jurídicos, não se trabalha, apenas, o conjunto de normas que disciplinam o comportamento dos homens, na vida social, para resolver as suas situações em conflito. Desenvolve-se, em consequência, a Ciência Jurídica não só com o objetivo de conhecer as normas positivas, como defende Kelsen, mas, também, com o intuito de prescrevê-las ou explicá-las, buscando o que deveriam ou poderiam ser, apontando suas interpretações possíveis.

A postura prestigiosa de obediência aos princípios contribui para tornar o direito posto como regra prescritiva de comportamentos com base na lógica das Ciências.

No ângulo do que se expõe, aplausos são expedidos para Celso Antônio Bandeira de Melo, por, em *Elementos de Direito Administrativo*, p. 230, Ed. RT, proclamar:

“Princípio, já averbamos alhures, é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos

princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.”

2. Os princípios como garantias processuais do cidadão

O processo, na era contemporânea, persegue dois objetivos bem marcantes, os quais foram acentuados, com absoluta exatidão, por Hans W. Fashing, no trabalho “O Desenvolvimento do Código de Processo Civil Austríaco nos últimos 75 anos”, trad. de Luiz Kubinszky e Arruda Alvim (*RePro* 1977, 5/115). Ali está afirmado que o primeiro escopo do processo é a proteção dos direitos individuais; o segundo é a verificação e proteção da ordem jurídica, a serviço da comunidade regulada pelo Direito. Esse fenômeno caracteriza o movimento revolucionário que se instaurou, na atualidade, contra a concepção individualista do processo e da justiça. É uma luta constante para que se fortifique o declínio das estruturas daquela concepção, por possuir aspectos radicais, bem como pela incapacidade em dar respostas satisfatórias ao grave problema de ser assegurada tutela suficiente ao cidadão em face de novas garantias e interesses surgidos que são vitais para a estabilidade da sociedade moderna.

No desenvolver desse contexto, o Estado procura se desincumbir da sua função jurisdicional, poder-dever, reflexo de sua soberania, de modo que

lhe seja possível concretizar a realização do bem comum almejado pelo cidadão no seu dia-a-dia em sociedade. Para tanto, o processo é o instrumento útil de que dispõe, cuja utilização se apóia em princípios, todos atuando com o propósito de tornar eficazes os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Essa consciência jurídica formal evidencia o conteúdo científico presente na elaboração da Constituição e da lei ordinária, cujo fim é alcançar o pleno desenvolvimento da personalidade dos destinatários das normas jurídicas - o cidadão - enfrentando, com eficiência e rapidez a prestação jurisdicional solicitada.

O funcionamento de um sistema jurídico todo voltado para assegurar as garantias processuais do cidadão não pode admitir que só exista o direito positivo, por essa situação limitar a função do jurista. Este necessita ter uma amplitude maior do que aquela definida pelo direito positivo, tudo vinculado com a precisa identificação das finalidades visadas pela norma jurídica, especialmente, a de natureza constitucional.

Em termos de se tornar eficientes e atuantes as garantias processuais do cidadão pregadas pela Constituição Federal, há que se examinar, com a cautela necessária, uma posição de há muito defendida pela doutrina e de qualquer modo incrustada no meio jurídico brasileiro, que é o sentido útil do princípio da unidade da Constituição e o da unidade hierárquico-normativa. José Joaquim Gomes Canotilho, in *Direito Constitucional*, Ed. Coimbra, Almedina, p. 118, examinando tais princípios, assevera que: “O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa Constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais nem hierarquia de supra-infra-ordenação) dentro da lei

constitucional. De acordo com esta premissa, só o legislador constituinte tem competência para estabelecer exceções à unidade hierárquico-normativa dos preceitos constitucionais (ex: normas de revisão concebidas como normas superconstitucionais). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: a tese das antinomias alternativas e a tese das normas constitucionais inconstitucionais”.

Em se tratando, especialmente, das garantias processuais do cidadão, todas elevadas à categoria de direito fundamental, não se pode aceitar como de efeito absoluto o princípio da unidade da Constituição e o da unidade hierárquico-normativa, por não se permitir alcançar a eficácia da plenitude de tais garantias, por se pretender resolver todos os problemas decorrentes dessa situação a partir da positividade normativo-constitucional. Isso decorre do assinalado pela mais moderna doutrina constitucional e destacado, com muita propriedade, por José Joaquim Gomes Canotilho, em obra já citada, mesma página, de que a Constituição de um país é uma estrutura formada de tensões pelo que não pode se transformar “uma lei constitucional em código exaustivo da vida política”.

O acolhimento dessa observação é compatível com a conscientização hoje dominante no Estado contemporâneo de que a garantia dos direitos fundamentais do cidadão se transformou em uma necessidade básica para o controle dos litígios. Em consequência, há de se extrair do texto constitucional o máximo que sua interpretação sistêmica permitir, o que só é possível com a obediência aos princípios explícitos e implícitos que comandam o ordenamento jurídico constituído. É relevante afirmar que, em se tratando da efetividade

das garantias processuais do cidadão, esse comportamento tem especial significação, por ser meio de aplicar o direito processual como função estatal de relevo na eliminação das controvérsias no ambiente social.

Há de se considerar, também, para alcance maior dessa função estatal, que “a luta pela conquista do direito deixou de ser, na atualidade, uma reivindicação estritamente individual, para se tornar, também, uma pretensão da coletividade, organizada em órgãos associativos e com força de exercício de pressão. O que se constata, na realidade vivida, é o processo abandonando a sua posição de ser meio de pretensão individual, para se transformar em veículo a ser utilizado pelas massas, para a entrega da prestação jurisdicional de seus anseios. No Direito Processual Moderno, o juiz deixou de ser um mero espectador do litígio entre partes para ser delegado do Estado com atribuições de buscar e dizer a verdade jurídica” (José Augusto Delgado, *in* “A Tutela do Processo na Constituição Federal de 1988”, artigo publicado na *RF*, 305/51). A função jurisdicional, por tais exigências, destaca-se, de modo marcante, das demais funções estatais, o que levou Chiovenda a afirmar que a jurisdição é “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a exigência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva” (*in Instituições de Direito Processual Civil*, S. Paulo, Sarai-va, 1969).

O processo é que assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição. É instrumento que o Estado está obrigado a usar e representa uma prestação de garantia,

através da qual o fundamento da norma se preserva e são protegidos os direitos essenciais do cidadão. É o único meio de se fazer com que os valores incorporados pela Constituição, em seu contexto, sejam cumpridos, atingindo o fim precípua a que se propõem - o estabelecimento da paz social.

3. Os princípios constituem matéria jurídica relevante

O exame da Constituição de um país permite uma série de indagações científicas. Entre tantas, merece mencionar as de ordem jurídica. Elas dão lugar para que o direito positivo seja estudado de modo aprofundado, possibilitando a dimensão de todos os seus ângulos, por permitirem uma análise precisa e objetiva dos elementos de maior significação. Essa tarefa leva a se distinguir os princípios fundamentais que comandam as garantias processuais do cidadão, revelando a sua importância, haja vista que, com frequência, as normas constitucionais, por si só, são insuficientes para fazer expandir os seus conceitos com a simples expressão do seu texto.

Para bem se compreender o valor dos princípios em um ordenamento jurídico, há de se partir da observação de que nos Estados contemporâneos a lei é um ato de vontade emanado pelos cidadãos através dos órgãos aos quais é confiada a tarefa legislativa. Essa volição não pode ser entendida como sendo de sentido estrito, porque ela, além de ser mais ou menos abstrata, há de se integrar ao sistema jurídico instituído pela Nação e atuar como força viva dos sentimentos do povo a quem ela se destina.

Os princípios, no referente às garantias processuais do cidadão, atuam como forma de proteção das liberdades jurídicas, tendo “por objeto a proteção

dos *status* pessoais e de cada um dos direitos que implicam o exercício de funções públicas” que são “atividades que a própria ordenação considera para limitar em relação a elas os poderes do Estado ou de outros sujeitos que exercem funções públicas, de modo que, além deste limite jurídico, há uma esfera igualmente jurídica que se tem querido reservar à iniciativa e vontade de outrem, protegendo-a de vários modos” (Santi Romano, *in Princípios de Direito Constitucional Geral*, Ed. RT, trad. Maria Helena Diniz, p. 157).

Os princípios que comandam as garantias processuais do cidadão são relevantes no contexto constitucional porque decorrem do que substancialmente foi inserido no texto da Carta Magna. Esta, ao se apresentar como sendo o conjunto de normas jurídicas fundamentais definidoras de uma ordem jurídico-política e de uma ordem de valores acatadas pela Nação, há de permitir que sejam extraídas de seu conteúdo as idéias forças que fizeram com que se considere a ordenação sistemática e racional da comunidade política com capacidade de produzir efeitos processuais que garantam os direitos fundamentais estabelecidos para o cidadão. Daí decorre a função excepcional dos princípios jurídicos processuais para a eficácia dos direitos, liberdades e garantias oferecidas aos jurisdicionados.

Ao se falar em princípios fundamentais comandando as garantias processuais do cidadão, impõem-se uma colocação preliminar a respeito da discussão existente, na doutrina, sobre a matéria. A investigação do pensamento positivo revela que os princípios são considerados como sendo normas obtidas por um processo de visão generalizada das leis. Por essa razão, entendeu-se que os princípios eram parte integrante do ordenamento jurídico positivo, pelo que a sua atuação ocorria com

o mesmo grau hierárquico do possuído pela norma concreta. Para os jusnaturalistas, os princípios gerais de direito são normas de direito natural que, embora não se encontrem de modo positivo implantadas no texto constitucional, possuem vigência e são obrigatórias, por integrarem a denominada ordem suprapositiva, com força de informar todo o sistema legal.

Sobre tais aspectos, o melhor entendimento é o de José Joaquim Gomes Canotilho, ob. cit., p. 237, por considerar que “os princípios jurídicos fundamentais não se reduzem a simples princípios gerais de direito ou regras jurídicas gerais, nem se inscrevem numa ordem jurídica suprapositiva”. Eles são “normas princípios e, portanto, fonte de direito, a partir do momento e na medida em que hajam sido encarnados numa instituição por um ato constitutivo de poder legislativo, da jurisprudência ou da vida jurídica”.

Perfilhando esse entendimento, concede-se a força dos princípios processuais no garantir os direitos fundamentais do cidadão quando violados, por eles pertencerem à ordem jurídica positiva, haja vista terem sido introduzidos na consciência geral da Nação e encontrarem uma recepção expressa ou implícita na Carta Magna.

4. As garantias processuais do cidadão como direito fundamental

A essência de um princípio, no campo do direito, é fornecer uma diretiva jurídica para que se aplique corretamente a norma positiva. Em consequência ele não possui uma normatividade própria que implique em se tornar possível a sua aplicação imediata e autônoma. Não há condição, por exemplo, de se receber o pedido de qualquer entrega de prestação jurisdicional invocada em juízo com sustentação, sim-

plesmente, em um princípio. Há de se indicar a norma positiva que clarifique e delimite a pretensão, tornando concreta a atuação jurisdicional estatal.

Essa é a razão pela qual há necessidade de se estabelecer a conformação dos princípios com as regras constitucionais que os admitem, desdobrando-os em normas mais precisas e individualizadoras.

O desenvolvimento dessa tarefa exige que, primeiramente, as garantias processuais do cidadão sejam consideradas como sendo reguladas por normas consagradoras de direitos fundamentais, tidas como uma das “partes mais constitucionais” de qualquer Constituição. Assim se concebendo, recebe-se a conscientização de que, por se tratar de direitos fundamentais, não há possibilidade de se “abarcam toda a vasta problemática dos direitos do homem e das liberdades públicas” (José Joaquim Gomes Canotilho, ob. cit., p. 497).

As garantias processuais do cidadão constituem realidades jurídicas que devem guardar conformação com a Constituição. São limitações impostas que não se apresentam com a função total de restrição de direitos, por serem, apenas, formas de regulamentar a atuação estatal, com a finalidade de concretizar esses direitos fundamentais. Ressalte-se, apenas, no exame dessas limitações, que os seus fundamentos deverão se voltar, unicamente, para a Constituição, pelo que não se admite, por exemplo, a que se sustenta em posição não escrita no texto da Carta Magna.

5. Os princípios constitucionais informadores das garantias processuais do cidadão

5.1 O princípio da garantia da via judiciária

A abertura da via judiciária como meio de proteger os direitos fundamen-

tais do cidadão deve ser concebida como uma garantia sem possibilidade de acolher lacunas. É o que exprime o art. 5º, XXXV, da CF, ao determinar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A amplitude desse princípio, também denominado de “inafastabilidade do controle judiciário”, implica em se considerar a existência de meios processuais que protejam o cidadão contra todos os atos do poder público, quer atos de administração, quer legislativos e jurisdicionais. Consagra, outrossim, a existência de uma jurisdição comum competente para apreciar a demanda, sem prejuízo, porém, para que outras jurisdições especiais sejam estabelecidas para o exercício dessa missão. Não protege, por outro lado, unicamente, os direitos subjetivos dos cidadãos, mas, qualquer situação juridicamente merecedora de apreciação. Para se tornar efetivo esse princípio, deve o ordenamento jurídico assegurar meios de assistência judiciária aos necessitados e defesa de ofício, quando se tornar necessária a imposição de respeito aos direitos fundamentais. Destaca-se, na Constituição de 1988, a agressividade do legislador no sentido de assegurar, de modo absoluto, a inevitabilidade da função jurisdicional. Merece aplausos essa posição que acentua, assim, com faceta mais potencializada, uma das conseqüências da própria soberania estatal, que é a de não permitir a qualquer cidadão que evite o *jus imperii* do Estado. Este deve ser o monopolizador da justiça, sem ser tentado, em nenhuma hipótese, a liberar para a composição privada a possibilidade de, por meios válidos e coativos, resolver definitivamente interesses em conflito.

O princípio ora examinado produz o feito de impedir que o Legislativo suprima ou restrinja da apreciação judicial qualquer situação controvertida existente entre os cidadãos, reafirman-

do, assim, de modo solene, que a unidade da função jurisdicional deve ser preservada. É o que, em tese, pode ser extraído do conteúdo do art. 5º, XXI, da CF, pois, não se pode falar em quebra de monopólio jurisdicional do Poder Judiciário quando a própria Constituição Federal atribui competência privativa ao Senado Federal para processar e julgar o Presidente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, o Advogado Geral da União e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza (art. 52, I) correlatos com aqueles, porque tais exceções admitidas pela Carta Magna têm caráter eminentemente político.

Igual posicionamento deve ser tomado ao se apreciar o art. 71 da CF que concede competência ao Tribunal de Contas para apreciar a regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, o que significa a investidura desse órgão em parcial exercício da função judicante.

A garantia do cidadão de se valer, em qualquer situação, da via judiciária não afasta o poder que tem o Estado de perseguir, através do Executivo, os que cometeram um crime, porque o exercício dessa atribuição tem por fim a tutela do ordenamento jurídico.

O Estado, ao assegurar ao cidadão essa garantia, há de observar alguns princípios específicos relativos ao exercício da jurisdição e que, de modo sintético, são os seguintes:

a) O poder jurisdicional deve se submeter à regra de que o seu exercício não é espontâneo, pelo que necessita ser provocado.

b) O poder jurisdicional, por ser um poder essencialmente vinculado no seu conteúdo, deve ter como único e exclusivo objeto a aplicação da lei. Não tem fins autônomos como o Legislativo,

nem, por outro lado, tem a lei, apenas, como limite para o exercício de suas atribuições, como ocorre com o Executivo. No poder de aplicar a lei está compreendido o de interpretá-la de acordo com o deflagrado pelo ordenamento jurídico.

c) O Estado tem obrigação de fazer justiça, pelo que as pessoas que exercem funções jurisdicionais estão vinculadas a esse desiderato estatal. Não lhe é permitido, sob pena de responsabilidade do agente provocador do fato, recusar o pedido de entrega da prestação jurisdicional, ou de se omitirem ou retardarem a prática de atos necessários, sem motivo justo.

d) Os atos jurisdicionais são vários e de diversa natureza, destacando-se a sentença como ato final do processo e com capacidade de se tornar valor definitivo para cada caso específico, substituindo, de certo modo, à lei.

e) Os atos jurisdicionais, mesmo quando se apresentam contrários à lei, pelo que podem ser revogados ou anulados, não ensejam responsabilidades do Estado, nem dos juízes, salvo se cometidos com vontade dirigida no sentido de prejudicar, isto é, com conteúdo doloso.

5.2 O princípio garantidor do Juiz Natural

O art. 5º, XXXVII, da CF, consagra o princípio da regular investidura do juiz ou do juiz natural. É uma garantia presente em todas as Constituições dos povos cultos, refletindo a preocupação de não se permitir que ninguém seja processado ou julgado senão por juízes componentes do Poder Judiciário e que sejam investidos de atribuições jurisdicionais fixadas e limitadas pela Lei Maior. O alcance do princípio é proibir uma justiça de privilégios ou de exceção, garantindo-se que todos os cidadãos tenham seus litígios julga-

dos por juízes legais, juízes investidos nas suas funções de conformidade com as exigências constitucionais. A força dessa garantia constitucional não permite que os poderes constituídos criem juízos destinados a julgamentos de determinados casos ou de pessoas especificadas.

Da análise do Direito além de fronteiras, ressalte-se o registrado explicitamente na Constituição Italiana de 22.7.46, alterada pelas Leis Constitucionais de 9.2.63, 27.12.63, 21.6.67 e 22.11.67, ao afirmar que: “Ninguém pode ser subtraído ao juiz natural constituído por lei”. O princípio do juiz natural tem seu fundamento no sentimento universal exposto, de forma explícita, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.48, ao consagrar que “toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida, publicamente, e com justiça, por tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”.

As Constituições da França de 1814, 1830, da Holanda e da Itália foram as que consagraram a denominação do juiz natural, influenciadas pelo constitucionalismo liberal do século XIX que marcou, definitivamente, a integração do juiz legal com o sistema político-jurídico, de forma que ele passou a ser o único com capacidade de exercer a função jurisdicional. A Constituição Espanhola de 19.3.1812, conhecida como sendo a Constituição de Cadiz, inseriu, com destaque, no seu Título V, intitulado “Dos Tribunais e da Administração da Justiça nas Causas Civis e Criminais”, art. 242, que “pertence exclusivamente aos tribunais o poder de aplicar as leis nas causas civis e criminais”, como, também, no art. 251, que “para ser nomeado magistrado ou juiz é preciso ter nascido em território espa-

nhol e ser maior de 25 anos de idade. Todos os outros requisitos que devem possuir serão determinados por lei”.

A Constituição Portuguesa de 23.9.1822, em seu art. 176, consagrou, também, explicitamente, o referido princípio, ao ditar que: “O Poder Judicial pertence exclusivamente aos juízes. Nem as Cortes nem o Rei poderão exercitar em caso algum. Não podem, portanto, evocar causas pendentes, mandar abrir as fendas, nem dispensar as formas do processo prescritas pela lei”. Renova o seu credo no juiz natural, com a dicção do art. 182: “Para ocupar o cargo de juiz letrado, além de outros requisitos determinados pela lei, se requer: I - ser cidadão português; II - ter 25 anos completos; e III - ser formado em Direito.”

A Constituição Mexicana de 31.1.17, marco definitivo da transição para o Estado Social de Direito, fixou a imposição de que o juiz natural é processo assegurador dos direitos e garantias atribuídos aos povos cultos e civilizados. Esse mesmo comportamento foi seguido pela Constituição de Weimar, Constituição do Império Alemão de 11.8.19, em seu art. 105:

“Não podem ser criados Tribunais de exceção. Ninguém pode ser subtraído do juiz natural.”

O Juiz natural recebe do Estado a atribuição constitucional de exercer a função jurisdicional, com observância rigorosa aos princípios fundamentais constantes no art. 93 da Carta Magna. O juiz natural, não obstante nascido da lei, não tem poder próprio. O que ele exercer é atribuição decorrente de delegação que lhe é dada pelo povo, de onde emana todo o poder, que lhe é transmitido por meio direto, enquanto ao Executivo e ao Legislativo tal transmissão se faz por representantes eleitos. É a aplicação integral da máxima democrática contida na Declaração de Direitos da Virgínia, de 16.6.1776,

onde está dito: “Todo o poder reside no povo e, por consequência, deriva do povo; os magistrados são seus mandatários e servidores e responsáveis a todo tempo perante a lei.”

Do princípio assinalado surgem consequências. José da Silva Pacheco, em sua obra *Curso de Teoria Geral do Processo*, p. 91, Forense, destaca as seguintes:

“a) não pode o legislador, através de lei, retirar do judiciário a apreciação das lesões de direito individual;

b) não pode o Executivo criar qualquer comissão, junta, tribunal ou juízo não integrante do aparelho judiciário constitucionalmente previsto para julgar, em caráter exauriente, as lesões de direito;

c) assegura-se a independência do juiz.”

Outra consequência é a exposta no art. 5º, LIII, da CF de 1988, de que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Há, no referido dispositivo, expressivo prestígio ao princípio do juiz natural, com reflexo no comando do ordenamento positivo infraconstitucional em vigor, por não mais ser permitido o aproveitamento dos atos processuais praticados por juiz incompetente, se algum prejuízo causa ao cidadão, em face dos efeitos da aplicação, de modo absoluto, dessa garantia.

Por fim, assinala-se que o referido dispositivo constitucional impõe o não reconhecimento da força da coisa julgada no processo civil, penal e trabalhista, caso a decisão tenha sido proferida por juiz incompetente, mesmo que a rescisória não a tenha desconstituído.

Não há, assim, ambiente jurídico, em face do que acima ficou expressado, de se estabelecer qualquer relação jurídica processual ou substancial que contrarie, de modo frontal, princípios previstos na Constituição Federal.

5.3 O Princípio da isonomia processual

Esse princípio decorre do que dispõe o *caput* do art. 5º, da CF de 1988, com a redação seguinte:

“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:.....”

O princípio da igualdade tem por finalidade garantir a identidade de situação jurídica para o cidadão. Não se refere, conforme se depreende do texto constitucional, a um aspecto ou a uma forma de organização social; existe como um postulado de caráter geral, com a missão de ser aplicado em todas as relações que envolverem o homem. É um direito fundamental que exige um comportamento voltado para que a lei seja tratada de modo igual para todos os cidadãos.

Nenhuma das funções estatais, a legislativa, a administrativa e a judiciária, pode estabelecer privilégios e discriminações no trato dos componentes do organismo social, sob pena de se ferir o seu conteúdo político-ideológico. Muito embora seja o princípio da igualdade o de mais difícil tratamento jurídico, não se deve, ao aplicá-lo, afastar o entendimento de que ele postula um tratamento uniforme de todos os homens. Não um tratamento igual perante o Direito, como bem acentua Celso Bastos, porém, uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida (cf. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 2º, Saraiva, p. 5)

No campo da proteção das garantias processuais do cidadão, o princípio da igualdade constitui postulado vital. Ele é, quando confrontado com a lei, “premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz” (Ada Pellegrini Grino-

ver, in *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, p. 25).

No Direito Constitucional positivo hoje posto, não há, na aplicação do referido princípio, possibilidade de se concebê-lo com restrição. A redação do art. 5º, *caput*, da CF, mostra a ampliação desse direito fundamental que se manifesta nos três aspectos seguintes:

a) garante-se a todos os indivíduos e às associações legais igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza;

b) a igualdade é direito fundamental de proteção ao cidadão, pelo que a sua violação se constitui em fato grave;

c) essa garantia encontra-se presente em todos os dispositivos articulados da Constituição Federal, quer de modo expreso, quer de forma implícita, por se constituir em direito absoluto do cidadão brasileiro.

O aprofundamento do estatuído a respeito do instituto da igualdade jurídica leva a se considerar que o seu entendimento, pelo jurista, se bifurca em dois prismas bem distintos: o da igualdade formal e o da igualdade material. Esta é o tratamento uniforme a que todos os homens têm direito, além de serem tratados com equidade no referente a qualquer tipo de concessão de oportunidade, situação que “nunca se realizou numa sociedade humana, por mais humanistas e humanitários que sejam os seus preceitos jurídicos maiores”, conforme assinala Ríetinha Alzira Stevenson, in “Isonomia e Igualdade Material na Constituição Brasileira”, p. 299, *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Forense, n. 3.

A igualdade formal é a que interessa ao jurista, por ser a consagrada no texto constitucional, de modo expreso. A sua conceituação, na época atual, se desvincula do pensamento de Aristóteles, que a definiu como sendo a obrigação de se “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida

em que eles se desigualam” (Celso Ribeiro Bastos, p. 299, in *Curso de Direito Constitucional*, S. Paulo, Saraiva, 1978). Modernamente, a atualização do que se entende pelo princípio da igualdade, tem de partir da contribuição de Celso Antônio Bandeira de Melo (*O Controle Jurídico do Princípio da Isonomia*, S. Paulo, Ed. RT), no momento em que fixou os casos em que é vedado à lei estabelecer discriminação e, em pólo contrário, quando ela pode fazê-lo sem se incompatibilizar com o texto constitucional. Conclui o eminente mestre que, em face das questões suscitadas pela análise do tema igualdade formal, quatro elementos devem ser considerados para que a lei não fira o mandamento constitucional dessa garantia fundamental para o cidadão. São:

a) a discriminação não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo;

b) as situações ou pessoas desequilibradas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, sendo vedado à lei discriminar quanto a qualquer elemento exterior a elas (p. ex., quanto ao tempo);

c) em conceito, o vínculo de correlação seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, visando o bem público à luz do texto constitucional.

Decorre da doutrinação exposta que o princípio da igualdade formal preceituado pela Constituição Federal, hoje sem possibilidade de distinção de qualquer natureza, tem força absoluta e integral quando se trata de aplicá-lo às garantias processuais do cidadão. Em assim se concebendo, não há mais lugar para a existência de privilégios e proibições processuais. Desaparecem, p. ex.:

a) O excepcional privilégio concedido pelo Direito Processual Civil à Fazenda Pública, no tocante à aplicação do prazo para contestar e para recorrer. A justificação até então apre-

sentada, baseada na complexidade dos serviços públicos em geral, em decorrência da ampliação das atividades sociais e econômicas do Estado, há de ceder ao postulado maior posto na Carta Magna, que não permite distinção de qualquer natureza perante a lei. No caso, estabelece-se a igualdade processual substancial, não havendo possibilidade do indivíduo ceder a sua garantia fundamental em face de um alegado interesse público ou social, que se conflita com dogmas constitucionais. Não há, hoje, em face da nova visão constitucional, que se falar em igualdade real ou proporcional no campo processual. Ela é ilimitada, absoluta, sem permissão para tratamento desigual.

b) Desapareceu o privilégio disposto no art. 20, § 4º do CPC, que autorizava, quando vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios fora dos limites de 10% a 20%, obedecendo-se, apenas, a uma apreciação equitativa do juiz.

c) Não há mais obrigação de se sujeitar ao duplo grau de jurisdição a sentença proferida contra a União, o Estado e o Município e a que julgar improcedente a execução de dívida da Fazenda Pública.

d) Inexiste, à luz do texto constitucional referido, o tratamento diferenciado até então dado ao Ministério Público, quando ele age como parte, com prazo ampliado para a prática de atos processuais.

e) É descabida a exigência de pessoas privadas de cauções processuais do tipo da prevista no art. 835, do Código de Processo Civil, por impossibilitar ao autor, em casos como os registrados pelo dispositivo citado, a entrega da prestação jurisdicional buscada.

f) Não se pode exigir o depósito para a ação rescisória dos particulares, haja vista que a lei proíbe fazê-lo das pessoas jurídicas de direito público.

g) Inexistem, no processo de execução, os dispositivos que desigalam as partes, a exemplificar os arts. 599, 600 e 601 do CPC.

h) A mulher casada pode apresentar queixa-crime sem o consentimento do marido, não prevalecendo, após o advento da Constituição Federal de 1988, o disposto no art. 35 do CPP.

Comungam com o pensamento que acaba de ser defendido, os Profs. Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci. Na obra *Constituição de 1988 e Processo*, Saraiva, p. 41, afirmaram:

“Por isso é que, em nosso entender, não se pode cogitar em exceção, ou exceções, ao nomeado regramento geral constitucional; nem alvitrar, como, entre nós, faz, *ex. g.*, Roberto Rosas, a existência de “novidade infringente do princípio da isonomia”, arrolando a dilargação do prazo em quádruplo e em dobro, respectivamente, para a Fazenda Pública oferecer contestação ou recorrer; e a afirmação do duplo grau de jurisdição, nos incs. II e III do art. 475 do CPC, relativamente às sentenças proferidas contra a União, o Estado e o Município, ou que julguem improcedente o pedido formulado em ação de execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Aliás, não só essas, como, igualmente, outras estatuições correlatas, contemplando, ainda, a Fazenda Pública, o Ministério Público e certas situações processuais de conotação nitidamente patrimonial, infringindo a preceituação maior alusiva à igualdade de *Todos*, são, na realidade, inconstitucionais.”

5.4 O princípio do devido processo legal ou do justo processo

A garantia fundamental de que o cidadão, ao requerer a entrega da prestação jurisdicional, seja protegido por um processo justo, tem base na Declaração Universal dos Direitos do Ho-

mem, formulada pela ONU, que, em seu art. 8º, assim consagrou:

“Toda pessoa tem recurso perante os tribunais nacionais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei.”

“Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.”

A doutrina desenvolveu as consequências nascidas da vigência desse princípio, firmando-se, em síntese, para sua integral efetividade, nos seguintes postulados:

a) ninguém pode ser afetado no âmbito de seu círculo jurídico sem ser ouvido, pelo que, sem essa condição, não pode receber sentença condenatória mesmo prolatada por juiz natural;

b) o contraditório processual é comportamento de natureza essencialmente democrática, por simbolizar a eficácia do direito fundamental da igualdade de todos perante a lei;

c) além do devido processo legal compreender a proteção judiciária (o denominado direito ao processo), ele abrange o direito à completa proteção jurídica, ou melhor explicando, a uma proteção processual razoável e adequada à situação do jurisdicionado, todas as vezes que necessitar ser ouvido em juízo.

O devido processo legal, como expressão maior das garantias processuais fundamentais do cidadão, está claro e explícito na Constituição Federal de 1988. Apresenta-se, de modo bem nítido, na proclamação contida no art. 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, bem como, no inc. XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou

ameaça a direito” - e no inc. LIV, do mesmo artigo - “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”.

A Constituição anterior não tratou dessa garantia com a amplitude que se noticia. Embora pródiga na proteção da tutela jurisdicional relacionada com o processo penal (art. 153, §§ 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 e 20), dedicava uma única regra que podia ser considerada como de processo civil e vinculada ao instituto do devido processo legal, conforme se extrai da dicção do art. 153, § 4º, daquela Carta Magna: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

No novíssimo ordenamento constitucional brasileiro, o instituto do devido processo legal é ampla garantia processual do cidadão, o que leva a merecer uma especial atenção da jurisprudência no referente à obediência às suas linhas mestras.

Não deve ser omitido o registro, ao se falar desse tema, que do ponto de vista histórico, as suas raízes estão vinculadas ao velho direito medieval saxônico, com sua matriz nascente na cláusula *law of the lands*, que foi posta na Magna Carta de 1215. Na própria Inglaterra ocorreu a evolução dessa cláusula para a garantia do devido processo legal, com irradiação entre as colônias britânicas da América do Norte. Presente nas Declarações do Direito (*Bill Of Rights*) e Cartas Coloniais, alcançaram supremacia conceitual na 5ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos.

A aplicação do devido processo legal é uma forma direta de repelir a onipotência e a arbitrariedade. Não serve, unicamente, como garantia processual do cidadão, pois, como revela Carlos Roberto de Siqueira Castro *in O devido*

Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil, Forense, p. 76, ele atuou, na sua concepção “substantiva”, como inesgotável manancial de inspiração para a criatividade hermenêutica, especialmente, no trato das liberdades públicas.

O devido processo legal no campo da jurisdição penal se desdobra em garantir:

a) a presunção de inocência, até que sobrevenha, seguindo-se processo regular, condenação definitiva e com trânsito em julgado que reconheça a autoria e materialidade do ilícito criminal, além da culpabilidade do condenado (art. 5º, LVII, da CF);

b) A não identificação criminal de quem já seja civilmente identificado, salvo as hipóteses previstas em lei (art. 5º, LVIII, da CF);

c) a impossibilidade do cidadão ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (art. 5º, LXI);

d) a comunicação imediata ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, do fato em si da prisão e do local onde o mesmo se encontra (art. 5º, LXII);

e) o direito do preso ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, além de lhe ser assegurada a assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII);

f) o direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório policial (art. 5º, LXIV);

g) a obrigação da autoridade judiciária relaxar, imediatamente, a prisão ilegal (art. 5º, LXV);

h) o direito do cidadão não ser levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI);

i) a impossibilidade de haver prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (art. 5º, LXVII);

Sublinhe-se, nessa oportunidade, que a expressão maior do devido processo legal está em garantir os dogmas do contraditório e da ampla defesa. No pensar de Ada Grinover (*O Processo Constitucional em Marcha - Contraditório e Ampla Defesa em Cem Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de S. Paulo*, Ed. Max Limonad, 1985, p. 7) isso constitui, a um só tempo, garantia das partes, do processo e da jurisdição. Assim está exposto o seu pensamento:

“Garantia das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo. Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões.”

5.5 O Princípio da Motivação das Decisões

A Constituição Federal não inseriu os regramentos da publicidade dos atos processuais e da motivação dos atos decisórios judiciais entre os Direitos e Garantias Fundamentais. Foram, contudo, elevados à categoria de proteção processual constitucional do cidadão. A doutrina, por sua vez, considera que

fazem parte dos direitos constitucionais fundamentais “que devem presidir a disciplina da atividade estatal”, *in genere*, e da atividade jurisdicional *in specie*” (cf. Barbosa Moreira, *in* “A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito”. *RBDP*, 1978,16/115).

Nos ordenamentos jurídicos de outras Nações, o referido princípio está presente com prestígio constitucional. Consta expressamente nas Constituições da Colômbia (art. 1.639), do Haiti (art. 120), do México (art. 14), do Peru (art. 227) e Belga (art. 97). Na França, desde o ano de 1791, todo julgamento, por exigência constitucional, deve ser motivado. A Itália também acolhe tal princípio, conforme observação de Michele Taruffo, em sua obra *La Motivazione della Sentenza Civile*, Padova, Cedam, 1975, p. 391.

No direito brasileiro, o princípio do dever de motivar a sentença vinha, até a Carta Magna de 5.10.88, contemplado, tão-somente, no campo da legislação ordinária. Por não possuir prestígio constitucional, o mesmo sofria inúmeras e inadmissíveis distorções que se cristalizaram na prática forense, numa espécie de limitação dessa garantia processual conferida ao cidadão. Exemplo maior era o julgamento pelo Colendo Supremo Tribunal Federal das arguições de relevância na questão federal.

Impera, agora, por determinação da Carta Magna, a obrigação do juiz de qualquer grau motivar as suas decisões, independentemente da natureza das mesmas. A ausência de tal proceder acarretará a nulidade do julgamento. O cumprimento do referido princípio é uma garantia contra o arbítrio, conforme observou Enrico Tullio Liebman, *in* “Do Arbítrio à Razão. Reflexões sobre a Motivação da Sentença” (trad. de Thereza Alvim, *in RePro*, 29/80, 1983).

6. Considerações finais

As garantias processuais dos cidadãos, a nível de princípios constitucionais, não se esgotam no que foi acima assinalado. A limitação de espaço do presente trabalho não permite desenvolver as demais. Sobreleva, contudo, a certeza de que a Constituição de 1988 caracteriza-se, no âmbito das garantias processuais do cidadão, por assegurar direitos individuais e coletivos por meio de normas que dignificam o homem em toda a extensão dos seus anseios. A função do processo brasileiro, como deve ser a de todo o processo no mundo, é a de servir como meio e fim operantes para garantir aos cidadãos

residentes no País a aplicação do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, tudo concebido como valores supremos de uma sociedade que se quer fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. São representações dos postulados consagrados no preâmbulo e no *caput* do art. 5º da CF, que atendem aos desejos da Nação brasileira. Em assim sendo, a missão do processo é, como forma de ciência aplicada, tornar viável com a máxima celeridade e segurança, a aplicação do direito objetivo quando refletido em situações subjetivas, utilizando-se, para esse fim, dos princípios explícitos e implícitos existentes na Constituição Federal.