

A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Alfredo Henrique Corrêa de Paula ¹

RESUMO

Os crescentes debates acerca dos direitos humanos, bem como a ênfase dada à igualdade material entre as pessoas, impõem seja feita uma abordagem, ainda que superficial, da norma constitucional que garante a todos um devido processo legal. Doravante, o intuito é mostrar quais são as colunas históricas que dão suporte ao referido princípio, além de apresentar-se sua aplicação pelos tribunais brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE

Devido processo legal, Histórico, Jurisprudência.

1. Introito

Com o advento da Constituição Cidadã em 1988, o constituinte brasileiro inaugurou diversos institutos no território jurídico nacional. Dentre esses, um dos mais significativos foi, sem dúvida, o do devido processo legal. Ao estampar no inciso LIV do artigo 5º da Lex Mater o princípio de origem inglesa, deu-se nova indumentária à justiça constitucional (LA GRECA, 1989, p. 205).

Essa reconfiguração da justiça constitucional pátria ensejou uma mudança na maneira como se encara o Direito Constitucional Processual, ou seja, o “conjunto das normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal” (NERY JÚNIOR, 2002, p. 20). O que antes era extraído da construção jurisprudencial e doutrinária passou a ter caráter expresso na nova Carta Magna.

Devido ao abalo trazido pela inserção de preceito, tão importante para a ordem jurídica do país, faz-se mister perquirir acerca dos diversos tentáculos que constituem esse baluarte constitucional.

2. Origem e evolução do *due process of law*

Sempre se afigura de bom grado esclarecer as raízes históricas que deram força para os princípios ora vigentes. No caso do pórtico do devido processo legal, sua primeira aparição formal, segundo o insigne Nelson Nery Júnior (2002, p.), vem da Magna Carta de 1215, quando o então rei inglês, João Sem Terra, “se referiu à *law of the land* (art. 39), sem, ainda, ter mencionado a locução devido processo legal”.

Mais de um século depois, em 1354, durante o reinado de Eduardo III, cunhou-se pela primeira vez a terminologia *due process of law*, no Statute of Westminster of the Liberties of London (BULOS, 2009, p. 287).

Todavia, não foi apenas no solo inglês que o instituto mostrou sua pujança. A Constituição dos Estados Unidos da América do Norte de 1787 também enalteceu a importância da matéria nas Emendas V (nenhuma pessoa será privada da vida, liberdade

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica). Professor de Língua Inglesa. Email: alfredohenrique@live.com

ou propriedade, sem o devido processo legal), e XIV (nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal), contribuindo decisivamente para a composição dos elementos abarcados pela cláusula do devido processo: vida, liberdade e propriedade.

Na Lex Legum brasileira, a proposta de adicionar à redação do artigo 5º expressa menção ao devido processo legal proveio do deputado Vivaldo Barbosa (PDT-RJ). Embora na ideia que fora inserida na Lei Maior, *ipsis litteris*, estejam consagrados no inciso LIV, apenas liberdade e propriedade, deve-se analisar ampliativamente a inteligência do dispositivo, abrangendo também, o elemento vida. De acordo com a doutrina do célebre professor Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 288), ao interpretar-se o texto constitucional de 88, percebe-se que o devido processo legal extrapola o trinômio básico (vida, liberdade, propriedade), isso porque no § 2º do artigo 5º aumenta o grau de incidência da norma.

3. Espécies do devido processo legal

O devido processo legal encarado em seu sentido lato aparece como cláusula destinada a escudar as liberdades públicas contra o abuso de poder das autoridades administrativas, legislativas e judiciárias. No intuito de defender os direitos fundamentais, apresenta duas facetas, uma material, outra formal.

A primeira, de perfil substancial (*substantive due process*), advém dos precedentes da Suprema Corte norte-americana do século XVIII. Nelson Nery Júnior sublinha que, já em 1798, no caso *Calder v. Bull*, o voto do juiz Chase já enunciava que atos normativos que ferem “os direitos fundamentais ofendem, *ipso facto*, o devido processo legal” (2002, p. 39).

No que tange ao sentido formal do devido processo legal (*procedural due process*), a notória Ada Pellegrini Grinover (1973, p. 16) aponta que essa manifestação encerra-se na possibilidade real que as partes devem ter de acesso à justiça, ou seja, é o equivalente à denominação apresentada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, onde o litigante tem *his day in court*.

4. Princípios processuais correlatos

A amplitude do postulado do devido processo legal serve como sustentáculo para que se erijam outros princípios. Nos dizeres do ilustre Humberto Theodoro Júnior (2005, p. 24), o *due process of law* tem “a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento”. Na mesma trilha é o que leciona Lammêgo Bulos (2011, p. 667), adotando a terminologia sobre princípio.

O sempre lembrado professor Nelson Nery Júnior (2002, p. 43) assume posicionamento mais extremista, chegando a afirmar que “a amplitude da cláusula devido processo legal tornaria desnecessária qualquer outra dogmatização principiológica relativamente ao processo civil”.

Não obstante essas preciosas contribuições, para melhor entender-se a sistemática que envolve os conceitos correlatos ao devido processo legal, deve-se utilizar alguns artifícios metafóricos. Ao lançar o olhar sobre a parte processual da Constituição nota-se um entrelaçamento entre os princípios, de modo que, à maneira de uma teia, um depende do outro e ao outro se liga, mudando apenas, o alcance de cada um.

Feitas essas considerações, é forçoso tecer breves comentários acerca das principais vigas-mestras do devido processo legal. Conforme a magistral lição do brilhante Calmon de Passos (1981, p. 86), no âmbito do devido processo legal três são as premissas indispensáveis para a concretização do preceito constitucional, a saber: juiz imparcial, acesso ao Judiciário e preservação do contraditório.

Para melhor examinar esses axiomas do *due process*, cabe ensaiar alguns comentários sobre cada um em tópico específico.

4.1 Princípio da imparcialidade do juiz

Compreender a necessidade de imparcialidade por parte do juiz é mergulhar no *caput* do artigo 5º do Texto Fundamental. A figura a ser debatida é a da igualdade substancial – ou *isonomia* – que faz com o que os iguais sejam tratados de forma igual, e os desiguais, de forma desigual.

Em termos de legislação nacional, adicione-se ainda, o disposto no artigo 125, I do Código de Processo Civil. Ademais, observa-se a consagração do princípio na seara jurídica internacional, em especial, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, *in verbis*:

Artigo X Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. (grifos nossos)

Logo, é tolo crer em uma imparcialidade fria, que observa estritamente a letra da lei. A experiência histórica tem comprovado reiteradamente que esta fórmula não consegue lograr êxito na práxis jurídica. Basta lançar um olhar sobre o que vigorava na época das Ordenações no Brasil quanto à conduta do juiz. José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p.109) conta que o juiz devia sentenciar “segundo o que achar provado de uma e de outra parte, ainda que a consciência lhe dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito foi provado”.

Dessarte, o juiz deve manter-se equidistante de ambas as partes litigantes no processo, sem, contudo, deixar de intervir quando necessário. Essa eventual assistência à parte hipossuficiente garante a paridade de armas, valor imprescindível para a afirmação do devido processo legal.

Nessa mesma linha de pensamento posiciona-se o professor Marcus Orione Gonçalves Correia, asseverando que “a partir do assistencialismo à parte mais fragilizada processualmente, o juiz não conspira contra o princípio da imparcialidade, já que restaura a paridade das armas no processo” (2010, p.28).

4.2 Princípio do acesso à justiça

Também rubricado como princípio da inafastabilidade da jurisdição e princípio do direito de ação, vigora no Brasil desde a Constituição de 1946. Aparece grafado na atual redação do inciso XXXV do artigo 5º da Carta de 1988.

O grande mestre José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 385) destaca que “do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito”. Assim também é o pensamento de Kazuo Watanabe (1988, p. 128), o qual leciona que os indivíduos têm direito a acessar uma ordem jurídica justa.

Nas palavras do arguto Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 223), o princípio concede a todos a possibilidade de “pleitear tutela jurisdicional preventiva ou reparatória à lesão ou ameaça de lesão a um direito individual, coletivo, difuso e até individual homogêneo”. Assume, portanto, a roupagem de direito público subjetivo, não podendo ser negado por nenhum juiz, sem ferir frontalmente a norma constitucional.

Ainda nessa trilha são os ensinamentos de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci (1989, p. 13), os quais afirmam que a invocação da tutela jurisdicional

deve efetivar-se pela ação do interessado que, exercendo o direito à jurisdição, cuide de preservar, pelo reconhecimento (processo de conhecimento), pela satisfação (processo de execução) ou pela assecuração (processo cautelar), direito subjetivo material violado ou ameaçado de violação.

Todavia, não se deve formar a concepção errônea de que o Judiciário aceita quaisquer petições. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal repudia esse tipo de ideia, haja vista, o que enuncia a decisão relatada pelo Min. Ilmar Galvão, *ipsis litteris*: “o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição não assegura o acesso indiscriminado ao Poder Judiciário” (RE 145.023, DJ de 18-12-1992).

Em suma, a amplidão concedida ao inciso em foco pode ser em outro caso extraído da casuística do Excelso Tribunal em que “a ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível” (RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 2-5-1997).

4.3 Princípio do Contraditório

Para assimilar-se a essência deste princípio cite-se a definição esposada por Joaquim Canuto Mendes de Almeida (1973, p. 81), a saber: “é a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”. Dessa explicação exsurtem dois elementos componentes do contraditório: bilateralidade e reação. Consoante à proposta de Nelson Nery Júnior (2002, p. 137), adicione-se à fórmula o elemento da informação. O liame que atrela esses três fatores é o princípio da isonomia.

No que cabe ao primeiro, não se pode olvidar que, qualquer interessado que tenha uma pretensão de direito material a ser deduzida pode invocar a máxima do contraditório, não se restringindo, portanto, às partes litigantes no processo. Dessa forma, pode o Ministério Público agir como fiscal da lei, mesmo quando não diretamente envolvido na questão.

O segundo elemento, a reação, está umbilicalmente ligado à ideia de ampla defesa. Quando o inciso LV do artigo 5º da Lex Mater refere-se à possibilidade dos acusados em geral se valerem da ampla defesa como modo de satisfazerem suas pretensões no processo, leia-se não apenas acusados no sentido de réus, mas, também, as testemunhas e os indiciados. Utilizando a acertada lição de Alexandre de Moraes (2005, p. 390) o “acusado pode utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)”.

Outro aspecto importante incluído na ampla defesa é aquele de permanecer calado. Este é o parecer difundido no Pretório

Excelso em diversas assentadas, com a devida vênua, vale transcrever parte de decisão relatada pelo Min. Celso de Mello:

o direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judicial, a prática da infração penal (1ª T., HC 68.929/SP, decisão de 22-10-1991).

Interessante questão é aquela que trata das medidas liminares. A adoção de tais medidas não constitui ofensa ao princípio ora em foco. Como salienta o professor mineiro Humberto Theodoro Júnior (2005, p. 26), as liminares “não podem ser utilizadas senão em casos excepcionais, de verdadeira urgência, e não podem se transformar numa completa e definitiva eliminação da garantia do contraditório e ampla defesa”. Portanto, devido à problemática do *periculum in mora*, permite-se a concessão de liminares inaudita altera pars, mas, frise-se, a concessão é provisória e não elimina a possibilidade de contestação pela parte afetada.

Por fim, o fator da informação apregoa a impostergável publicidade dos atos das partes e do juiz, de modo que todos tenham ciência do andamento do processo. Eis aqui, onde reside primordialmente a inconstitucionalidade dos chamados “juizes sem rosto”, em que o acusado não sabe quem o julga, assim como na obra do tcheco Franz Kafka, *O Processo*.

Fica ainda mais notável a observância do princípio do devido processo legal, e por consectário, do contraditório e da ampla defesa, quando analisados casos em que há uma colisão entre direitos fundamentais no plano privado. A chamada eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais é motivo de apaixonados debates entre os aplicadores do direito. O famigerado constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos destaca que, no tocante ao *due process of law*, há uma “eficácia irradiante das liberdades públicas”, ou seja, a referida norma constitucional irradia “sua eficácia a todos os escaninhos da ordem jurídica, espargindo efeitos até mesmo nas relações entre particulares” (2011, p. 530).

Dentre os casos mais relevantes envolvendo a problemática do contraditório e da ampla defesa, deve-se destacar o magnânimo voto do Ministro Gilmar Mendes ao julgar o RE 201.819 analisando a possibilidade de membro de sociedade ser excluído sem que lhe seja concedido direito à ampla defesa.

Esses embates entre liberdades públicas devem ser cuidadosamente examinados pelos operadores do direito, os quais, não devem se furtar ao bom-senso, adequando à realidade conflitante aos ditames constitucionais.

5. Princípio da Razoabilidade

Dada a suma importância do princípio da razoabilidade, merece este ser dissecado em tópico próprio. Altamente divulgado pelos doutrinadores nacionais e estrangeiros, é rubricado de diversas maneiras. Os norte-americanos usam o signo razoabilidade, os alemães, proporcionalidade, e os portugueses, proibição de excesso.

Não obstante a nomenclatura adotada, a verdade é que o princípio encerra em si um mandamento, que exige do intérprete a utilização do bom-senso e da prudência quando debruçado sobre o caso concreto. Assim, cabe ao exegeta expurgar do sistema lacunas e absurdos que se lhe apresentem.

Na feliz proposição do egrégio Miguel Reale (1990, p. 65), ao se examinar qualquer caso o juiz encontrará sempre três coisas, a saber:

um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor.

Daí, tendo em mente a teoria tridimensional do Direito, o jurista deverá valer-se da técnica da ponderação esposada por Robert Alexy (2005, p. 573), aquilatando os valores em jogo, para determinar qual prevalecerá no caso sub judice.

6. Conclusão

O desenvolvimento da maturidade das nações modernas tem propiciado ao cidadão comum a possibilidade de defender-se contra o arbítrio do poder estatal, afastando os atos abusivos, outrora tão comuns. Nesse cenário de inegável crescimento da consciência mundial, o devido processo legal apresenta-se como pilar propiciador da construção de uma sociedade mais justa.

Remontando o afã dos primeiros idealizadores de uma sociedade regulamentada por um conjunto de normas que vislumbresse a obtenção de uma justiça equânime, a cláusula do *due process of law*, e os princípios dela emanados, trabalham de mãos dadas para assegurar a realização, ainda que tímida, desse desejo advindo de priscas eras.

Destarte, toda relação processual deve seguir o paradigma constitucional que garante às partes um processo balizado pelos ditames do princípio antigo princípio inglês do devido processo.

7. Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. Balancing, **constitutional review and representation**. International Journal of Constitutional Law. v. 3, n. 4, 2005.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição**. São Paulo: Saraiva, 1981.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livr. Almedina, 1993.
- GONÇALVES CORREIA, Marcus Orione. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- LA GRECA, Giuseppe. **Corte costituzionale**, verbete no Digesto delle discipline pubblicistiche, 4 ed., vol. IV, Torino, 1989.
- MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios Fundamentais de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 17 ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
- THEODORO JÚNIOR, **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In. GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. Participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.