

CONHECER PARA RECONHECER

PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO - 1998

Domingo, 15 de Março de 2020 17:13:30

ARTIGO

AUTOR: Luís Afonso Heck

PUBLICADO EM: Gênese - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, p. 46-52, ano III, janeiro/março de 1998

Anexos: 7

Princípios e garantias constitucionais do processo

LUÍS AFONSO HECK*

I. Colocação da questão

Quando se parte do ordenamento jurídico brasileiro,⁽¹⁾ coloca-se a questão de uma apresentação conceitual de princípio e garantia. Isso tem como consequência uma linha orientadora relativa aos âmbitos respectivos, que, por sua vez, auxiliará essa própria apresentação.

Princípio, em confronto com a norma, apresenta uma característica enformadora e informadora. Pela característica enformadora é possível situar geograficamente a configuração normativa do princípio, ou seja, situá-lo em determinado setor jurídico, por exemplo, penal, administrativo, cível, etc.

Pela característica informadora chega-se à perspectiva da compreensão da norma, pressuposto da sua interpretação.

Garantia, diante de direito, mostra-se como garantia no âmbito do direito processual e não do direito material. Quando a Constituição Federal fala no art. 5º, inciso XXII, que “é garantido o direito de propriedade” e, no inciso XXX, que “é garantido o direito de herança”, quer ela expressar o asseguração do direito material inscrito, aquele no art. 524 et seq., e este no art. 1.572 et seq., todos do Código Civil brasileiro.

A colocação desse modo deixa ver que o tema se limita aos princípios e garantias pertinentes ao processo e que não são extraconstitucionais, senão intraconstitucionais. Além disso, põe mais duas questões: a da matriz e a da realização.

II. O princípio do Estado de Direito como matriz

No caput do art. 1º da Constituição Federal está dito que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Incidentalmente deve ser notado que a

(*) Professor de Direito Constitucional.

expressão “Estado Democrático de Direito” é digna de crítica. Se por Estado de Direito entende-se um Estado regulado e regido por leis, então teria sido mais correto falar “Estado de Direito Democrático”, uma vez que democracia diz respeito à proveniência e formação das leis e não à existência das leis em si. “Estado de Direito” também se deixa ler como “Estado de Leis”.

Entre outros está, no *caput* do art. 1º da Constituição Federal, previsto o princípio do Estado de Direito. Do princípio do Estado de Direito, como princípio embasador, formador e ordenador, deixam-se derivar outros ou, dito de outra forma, os princípios e também as garantias constitucionais do processo deixam-se reconduzir ao princípio do Estado de Direito com o que ele se constitui, assim, em uma matriz. Com isso, os princípios e as garantias processuais, por terem sede na Constituição, possuem *status* constitucional.

III. O juiz como fator primordial de realização

Em um sentido vertical, o princípio está sobre a norma que o prevê. Nesse sentido, tem-se, por um lado, que o princípio está normativamente prescrito; pela norma o princípio tem acesso ao ordenamento jurídico não sendo, portanto, *supra* positivo; por outro, o princípio carece de realização. Essa realização efetua-se no procedimento de aplicação da norma previsora, que requer interpretação. Aqui se apresenta a questão da interpretação na qual, todavia, não é possível adentrar. Quero ressaltar o papel do juiz na realização, na concretização dos princípios constitucionais do processo. Nesse plano, pelo menos dois pontos pedem a atenção.

III.1. A pré-compreensão

Quando o juiz não mais é visto com MONTESQUIEU como a boca que pronuncia as palavras da lei, praticamente preso ao enunciado legal, então se deixa perguntar sobre a tarefa do juiz como aplicador da norma previsora. Essa pergunta revela a necessidade de pensar também valorativa e sociologicamente o fato, a situação pendente. O juiz somente pode apreciar corretamente a questão a ser decidida quando ele conscientemente considera não apenas o aspecto ou, para falar com GADAMER, o horizonte normativo, mas também o valorativo e o social. Isso tanto mais quando se trata da aplicação de uma norma constitucional previsora de um princípio processual. Essa norma previsora é determinada valorativa e/ou sociologicamente. Cabe, então, principalmente ao juiz – diante da questão a ser decidida – averiguar a configuração concreta do princípio e expressá-lo na sentença. No desempenho desse encargo de averiguação o juiz tem, pela Constituição Federal, o auxílio do advogado (art. 133 da Constituição Federal), da Defensoria Pública (art. 134 da Constituição Federal) e do Ministério Público (art. 127 da Constituição Federal). O cumprimento desse encargo conduz à realização do princípio do Estado de Direito no campo do Direito Processual. Por meio dos princípios processuais constitucionais o princípio do Estado de Direito adquire, assim, uma dimensão concreta. Pelos dados objetivos em cada caso dado o princípio do Estado de Direito se concretiza.

III.2. A fundamentação da sentença

HESSE assentou a autoridade do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre a consideração e sobre a força convincente de seus argumentos. A colocação de HESSE pode ser aplicada,

todavia, para todo o Poder Judiciário. HABERMAS, aliás, recentemente argumentou que a exatidão das decisões significa aceitabilidade racional, sustentada em bons argumentos.

Essas afirmações encontram certo amparo na Lei de Introdução do Código Civil brasileiro, (art. 3º): o conhecimento pressupõe compreensão da lei e da sentença. Se o legislador e o executivo como dador normativo devem tornar possível a compreensão da lei e do ato normativo ao cidadão no sentido dele poder regular a sua conduta de acordo e saber a consequência em caso de descumprimento, o juiz deve fundar a sentença de forma a tornar possível um rastreamento racional de suas conclusões. Com isso o Poder Judiciário torna-se não só acessível ao controle doutrinário, i. e., a uma análise fundamentada e procedente do arcabouço das sentenças e dos argumentos nelas usados, como também legitimado diante do cidadão e da opinião pública.

Nessa direção volta-se novamente ao juiz como figura central na realização dos princípios constitucionais do processo e à pré-compreensão: o Direito não tem apenas uma face dogmática, universal, mas também uma prática, configurada a partir da experiência jurídica realizada em cada ordenamento jurídico particular.

O que foi dito em relação aos princípios também se aplica em geral para as garantias constitucionais do processo: elas estão previstas constitucionalmente, cabendo principalmente ao juiz (também ao advogado, ao defensor e ao promotor público) velar pela sua aplicação, no que também podem ser as garantias significativamente determinadas.

IV. Análise individual

Consoante com o que já foi apresentado, os princípios constitucionais do processo necessitam de realização. Essa realização, que compreende também a determinação do conteúdo do princípio, ocorre com a aplicação da norma previsora, sendo a realização cunhada de acordo com os dados objetivos do caso dado à decisão.

Um princípio pode estar albergado apenas na norma previsora; mas um princípio pode também encontrar determinações complementares em outras normas de mesma categoria da norma previsora ou em normas de categoria diversa daquela previsora.

O mesmo vale para as garantias constitucionais do processo, com a diferença de que o conteúdo das garantias já está em grande medida definido pelo setor jurídico de origem. A garantia à disposição do aplicador da norma requer aplicação. A garantia não supõe, para tanto, primeiro uma determinação do seu conteúdo, embora possa ser significativamente influenciada pela aplicação. Em geral, as garantias são elevadas ao plano constitucional.

Os princípios e as garantias constitucionais do processo devem ser deduzidos do princípio do Estado de Direito. A análise seguinte não é exaustiva e nem pode ser, uma vez que o desdobramento do princípio do Estado de Direito é tarefa que cabe primeiro ao legislador, não estando o Judiciário, máxime pelo seu órgão supremo, dispensado dessa tarefa.

IV.1. Princípios

1.1. Princípio da igualdade

A Constituição Federal prevê o princípio da igualdade *no caput* do art. 5º. Esse princípio da igualdade, visto sob o aspecto da igualdade material, característica informadora, encontra um complemento pela característica enformadora no inciso LXXIV do art. 5º e no art. 134 da

Constituição Federal.

O significado do princípio da igualdade no campo processual pode, também com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, ser fixado sob o ângulo da "igualdade de armas". Isso quer dizer: em um processo, a parte sem recursos deve poder estar em condições iguais às daquelas da parte com recursos.

Pelo princípio da igualdade também são efetivadas as garantias constitucionais do processo, o contraditório e a ampla defesa, previstas no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

1.2. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal. Assim como o princípio da igualdade, o princípio da legalidade acha um complemento pela característica enformadora no inciso LIV e XXXIX do art. 5º da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal brasileiro.

Pela característica informadora, a lei mencionada no inciso II do art. 5º da Constituição Federal deve ser entendida no sentido formal com tanto mais rigor quando incide sobre o âmbito protegido pelos direitos e pelas garantias fundamentais (art. 5º ao art. 17 da Constituição Federal).

1.3. Cláusula geral

No inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal encontra-se a cláusula geral a determinar que o caminho para o Poder Judiciário está aberto para todo aquele que tomar o seu direito como lesado ou violado.

O inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal configura-se como uma cláusula geral diante dos incisos LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII e LXXIII do mesmo artigo constitucional. Enquanto nestes incisos a via judicial está aberta para determinados direitos, ameaçados ou lesados, naquele inciso todo e qualquer direito, ameaçado ou lesado, encontra o caminho aberto para o Judiciário.

Deve ser notado que a cláusula geral dirige-se fundamentalmente ao legislador.

IV.2. Garantias

Por meio do conteúdo de certos incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988 é possível distinguir as duas fases tradicionais no setor do direito processual penal, ou seja, a fase do inquérito e a fase do processo.

Dessa forma, a Constituição Federal estabeleceu certas determinações garantidoras que alcançam a situação preliminar ao processo. As garantias prescritas pela Constituição Federal para a fase do inquérito são tão mais importantes quanto mais se tem em vista que essa fase é capaz de influir de modo determinante a fase processual posterior, até sua instauração.

2.1. Fase do inquérito

Inciso LXI

Afora nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei, ninguém pode ser preso a não ser em flagrante delito ou por meio de ordem escrita e

fundamentada de autoridade judiciária competente.

Abstraindo-se da situação fática o flagrante delito, a autoridade judiciária competente deve fundamentar a ordem de prisão, o que envolve consideração cautelosa porque a prisão incide sobre o direito fundamental da liberdade, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

Essa consideração cautelosa envolve pelo menos dois pontos: um diz respeito à razoabilidade do fato que funda a ordem de prisão. Os dados disponíveis no momento devem indicar já um resultado, uma direção; o outro ponto toca ao assim denominado, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, princípio da proporcionalidade que, aqui, significa uma relação justa entre o fato disponível e a medida a ser tomada.

Inciso LXII

A prisão de qualquer pessoa e o local onde ela está serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. Já desde o primeiro instante a Constituição Federal vinculou não só a família ou pessoa indicada mas também o juiz competente à pessoa presa.

A intercalação do juiz competente nesse momento mostra que tanto o direito à liberdade (*caput* do art. 5º da Constituição Federal) como a dignidade da pessoa (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal) são decisões valorativas fundamentais da Constituição Federal.

Inciso LXIII

“O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

A Constituição Federal vinculou igualmente o advogado à pessoa presa. Aqui ressalta o papel que foi atribuído ao advogado pela ordem constitucional da Constituição Federal (art. 133 da Constituição Federal).

Com a presença do juiz competente e do advogado na fase do inquérito, tecnicamente deveria a fase posterior processual estar livre de questões comprometedoras, tanto subjetivas, respeitantes à pessoa presa, como objetivas, pertinentes à administração do processo.

Inciso LXIV

“O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.”

A dignidade da pessoa na ordem constitucional da Constituição Federal pressupõe a responsabilidade, que aparece não apenas na proibição do anonimato relativo à liberdade de pensamento (art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal), mas na interdição constitucional do anonimato na fase do inquérito.

Essa interdição constitucional corresponde tanto a uma exigência técnica jurídico-processual como às garantias processuais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal).

Inciso LXV

“A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.”

Por prisão ilegal, mencionada pela Constituição, deve ser entendida também prisão

inconstitucional. Dito de outra forma: todo ato inconstitucional é também ilegal, uma vez que Constituição também é lei; mas nem todo ato ilegal é simultaneamente inconstitucional.

Tal como no inciso LXI, também aqui se requer uma consideração cautelosa da autoridade judiciária, desta vez visando à sociedade que, no contexto penal, tem o direito à identificação do violador de valores protegidos pelo Direito Penal e à execução processual apropriada.

Inciso LXVI

“Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.”

O prescrito nesse inciso impõe-se à consideração tanto no momento da redação da ordem de prisão como no momento do relaxamento da prisão.

2.2 Fase do processo

Inciso LIII

“Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”

Essa prescrição constitucional expressa a garantia do juiz natural. A garantia do juiz natural tem um complemento no inciso XXXVII do art. 5º da Constituição Federal.

O juiz natural, ou juiz legal, é aquele juiz que goza das garantias constitucionais do art. 95 da Constituição Federal, ou seja, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

A finalidade da garantia do juiz natural reside em preservar o Poder Judiciário, a administração da justiça, de ingerências não-apropriadas, externas e internas e tornar o mais claro possível nos códigos, nas leis de organização judiciária e nos regimentos internos a autoridade competente para a decisão.

Além disso, a garantia do juiz natural completa a legalidade penal, prevista no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Juiz natural e legalidade penal contêm um encargo atribuído pela coletividade ao Estado por meio da prestação jurisdicional.

Inciso LIV

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

A pessoa, na perda da sua liberdade e/ou dos seus bens, tem direito e que isso ocorra dentro de um processo onde a forma não pode ser violada. Essa situação requer respeito e consideração pelas formas prescritas, ou seja, a perda da liberdade e dos bens deve resultar de um processo apropriado. Nesse sentido, o devido processo legal também compreende a administração do próprio processo.

Inciso LV

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” A amplitude que o contraditório e a ampla defesa receberam pela Constituição Federal revela,

por um lado, o peso determinante do contraditório e da ampla defesa nos processos e, por outro, a interdição de uma interpretação restritiva a seu respeito.

Pelo contraditório, o litigante e o acusado devem, para o julgador, poder participar na evolução do processo, cujo final poderá incidir sobre seus bens ou liberdade. O litigante e o acusado têm o direito de, com a apresentação de suas razões, participar ativa e decisivamente na formação da decisão futura.

A ampla defesa não permite que o litigante e o acusado sejam apenas um pressuposto técnico para a atividade judicial. Antes, o litigante e o acusado configuram-se como um valor com dignidade humana que deve ser respeitado, ouvido e considerado.

O contraditório e a ampla defesa são parte constitutiva do processo. Eles têm, todavia, limites no próprio art. 5º da Constituição Federal. O inciso LVI proíbe, no processo, tanto judicial como administrativo, as provas obtidas por meios ilícitos.

V. Resumo

Não é possível de antemão estabelecer contornos precisos sobre os princípios e as garantias constitucionais do processo. Uma coisa, entretanto, é certa: depende, em grande medida, dos juízes, que, por meio da fundamentação orientada pela Constituição e pelos fatos de suas sentenças, fixarão o conteúdo dos princípios e das garantias constitucionais do processo. Nesse sentido ter-se-á com o tempo, por um lado, uma base empírica que lastreará a discussão em torno da configuração histórico-concreta dos princípios e das garantias constitucionais; por outro, a realização e harmonização da Constituição com o restante do ordenamento jurídico brasileiro passam também pelas vias processuais que não compõem o processo constitucional. Disso depende, em certa medida, a solidificação e a credibilidade da própria Constituição.

Nota:

1) Até onde foi possível verificar, a doutrina brasileira não se tem ocupado diretamente com intensidade a respeito dos princípios e das garantias constitucionais do processo. Ver, relativamente a isso, DELGADO, José Augusto. "A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão", in: Revista de Informação Legislativa, jul./set. 1994, p. 35 et seq.; Fontes, ANA LÚCIA BERBERT DE CASTRO, "Garantia do devido processo legal – princípio constitucional da administração pública", in: Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, jul./dez., p. 93 et seq. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é omissa.

MARCADORES

Artigos | Direito constitucional | Direitos fundamentais | Jurisdição constitucional |