

PROCESSO, IGUALDADE E JUSTIÇA

PROCESS, EQUALITY AND JUSTICE

PIETRO LORA ALARCÓN

Mestre e doutor em Direito do Estado pela PUC-SP. Professor de Direito Constitucional na PUC-SP, na Faculdade de Direito de Bauru e na Escola Superior de Direito Constitucional.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Sociedade e processo – 3. Sociedade, Justiça e igualdade – 4. O Estado democrático de direito – 5. Processo e devido processo legal: 5.1 O caráter material do devido processo legal; 5.2 Da técnica descritiva à técnica de respeito às liberdades; 5.3 O devido processo legal na sociedade contemporânea – 6. Processo, igualdade e justiça na Constituição Federal de 1988 – 7. Bibliografia.

RESUMO: O Estado Democrático de Direito brasileiro se fundamenta na efetividade de três princípios: a legalidade, a igualdade e a justicialidade. Na esfera social, em que se verifica a coexistência dos seres humanos, a interação dos princípios se apresenta no processo, verdadeira técnica de solução de conflitos. A Justiça constitui o fim a ser atingido no processo, efetivando os princípios e fortalecendo esta particular forma de Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Processo, igualdade, justiça, legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, devido processo legal.

ABSTRACT: The Brazilian Democratic State of Law is effectivelly based on three principles: legality, equality and Justice. On a social sphere, where is verifiable the co-existence of human beings, the interaction of these principles are present in the process, true technique of problem solving. Justice constitutes the aim to be achieved in the process, accomplishing the principles and strengthening this particular form of State.

KEYWORDS: Process, equality, Justice, legality, reasonability, proportionality, due process of law.

Recebido para publicação em setembro de 2003.

1. Introdução

Conforme o enunciado do art. 1.º da Constituição Federal de 1988, a forma de Estado assumida pela República Brasileira é a de um Estado Democrático de Direito. Firma-se, dessa maneira, a intenção do legislador constituinte de construir um Estado que ostente como prática cotidiana o exercício pleno da democracia, e que se fundamenta no respeito a pressupostos de legalidade, igualdade e Justiça.

Uma reflexão quanto ao conteúdo dessa peculiar maneira de ser do Estado leva a entender que os problemas de Estado, em algum instante, adquirem relevância para a Ciência Jurídica, ou seja, tornam-se um problema jurídico. Tal interesse do Direito se deflagra na medida em que o relacionamento entre os chamados detentores do Poder do Estado e os membros da sociedade civil se regula por meio de técnicas jurídicas, de normas jurídicas que imperativamente determinam as condições para o exercício do poder político, assim como concedem instrumentos de proteção para as autonomias individuais perante a força estatal.

Dessa maneira, o Estado será tanto mais Democrático e de Direito quanto melhor reproduza, na prática, os princípios que o fundamentam. Ancorada nessa percepção, contemporaneamente, distingue-se a substância do Estado Democrático de Direito nos postulados da igualdade, legalidade e justicialidade. Tais princípios encontram-se explicitamente confirmados no estatuto constitucional brasileiro no art. 5.º, incisos I, II e XXXV, respectivamente.

Passando breve revista em cada um deles observaremos que o ditame da igualdade pressupõe a uniformidade do sistema jurídico para todos os co-associados, concedendo-se só as distinções que a própria exigência da igualdade apresenta; pelo

postulado da legalidade, o Estado se sujeita ao império da lei. A lei é uma regra que deve emanar do órgão constitucionalmente competente para fazê-la, e que se converte no instrumento que declara, restringe, media e coordena o exercício dos direitos do homem, tendo como metas a igualdade e a Justiça; por último, pelo princípio da justicialidade, ou inafastabilidade da jurisdição, os conflitos próprios da sociedade humana podem ser levados a juízes e Tribunais para, ao final, reproduzir um ideal de Justiça. Nenhuma lesão ou ameaça ao Direito, conforme o postulado constitucional, pode fugir da apreciação do Poder Judiciário, que possui monopólio, em nome do Estado, do direito e do dever de prestar Justiça, entendida como fundamento valorativo da decisão que pacifica as partes.

Pois bem, na esfera social, na qual se verifica a coexistência dos seres humanos, aqueles três baluartes do sistema jurídico se apresentam como organismos de uma mesma espécie, em que sua interação leva à configuração de um Estado democrático, justo e com plena tutela das liberdades de cada co-associado.

Nesse diapasão, várias perguntas resultam inevitáveis: como se realizam as interações legalidade-igualdade, igualdade-Justiça, legalidade-Justiça; em suma, o cúmulo de combinações jurídicas possíveis? E também, em outros termos: como podemos verificar, na prática, a concreção desses princípios? Como comprovar que têm vida? Para entender o fenômeno é preciso estabelecer o elo que une o direito positivo ao campo social e, naturalmente, falar da coexistência dos homens.

No presente trabalho trataremos da intimidade da relação igualdade-Justiça, conectando o fruto desse relacionamento com o elo que une a positividade normativa ao todo social, que, como será demonstrado,

constitui a figura chamada de *processo*. Tentaremos, dessa maneira, observar o grau de vigor do nosso Estado Democrático de Direito.

2. Sociedade e processo

Abordar esse aspecto em nosso trabalho implica reconhecer que a vida em sociedade se caracteriza por um conjunto de relações, afastando a possibilidade de existência de uma sociedade inanimada. Destarte, o que faz com que exista sociedade não é a aparição de um mero conjunto de indivíduos, mas a infinidade de relações que se pode estabelecer entre seus membros. Por isso, não há antítese entre indivíduo e sociedade, porque o indivíduo é um ser social, sendo sua própria existência uma atividade social.

As relações entre indivíduos são de ordens diversas, tantas quanto a atividade humana é capaz de criar com sua genialidade no cotidiano da vida. Porém, sem prejuízo de outras opções ou pontos de vista, parece-nos que o caráter dessas relações é determinado, em essência, pelo lugar que cada indivíduo ocupa no terreno social. E esse lugar depende, por sua vez, e infelizmente em nosso meio, da sua posição na estrutura econômica da sociedade, com o que se conclui que a condição social de cada indivíduo se mede sobre a base do seu patrimônio, da sua riqueza ou pobreza. O acesso aos bens é mediado pelo lugar que a pessoa ocupa no processo produtivo.

Acreditamos que, desde os primórdios da Humanidade, essa diversidade de posições e roles, a colisão entre interesses humanos contrapostos, a proximidade de uns poucos e o distanciamento perene de outros das conquistas da civilização em matéria de educação, saúde, lazer, seguran-

ça, são a causa fundamental de gravíssimos conflitos.

Detenhamos-nos um pouco nesse ponto: os conflitos sociais. É que, vistos em particular, estes assumem formas variadas, conforme sua natureza. Contudo, algo que é necessário para o correto entrelaçamento do fio social é a solução pronta, rápida e eficiente de tais conflitos. A sociedade organizada procura, então, fundar uma ou várias modalidades de solução de conflitos. Na sociedade política, essa modalidade corresponde ao que chamamos de *processo*, verdadeira técnica de solução, que se desenvolve sobre a base do respeito a determinadas regras de jogo, isto é, a normas jurídicas preestabelecidas que, interpretadas por um órgão autorizado ou jurisdicional, em nome do Estado, diz o direito de cada uma das partes, pondo fim ao conflito particular dos homens.

Como é de fácil percepção, dentro do processo se conjugam: de um lado, a desigualdade material dos homens, que provém da própria característica do sistema social; do outro, a legalidade, ou respeito ao conjunto de normas jurídicas que devem constituir-se em acicate da consecução da Justiça; depois, a tarefa julgadora do Estado e, finalmente, o valor Justiça como ideal almejado. Em conclusão, encontramos, no processo, o ponto de confluência dos princípios com os quais se iniciou nossa exposição. É o processo o elo entre o direito positivo e o campo social.

Pode-se afirmar, nessa ordem de idéias, que a concreção dos princípios de igualdade, legalidade e justicialidade, bem como o horizonte de Justiça que inspira e enraíza o conjunto social, pode ser verificada ao longo do processo, no qual deve adquirir plena vitalidade.

Mais audaciosamente, pode-se concluir que, se tais princípios são os vértices do

Estado Democrático de Direito, sua plena observância no plano social é a demonstração da vigência desta forma de Estado. Pelo contrário, seu desconhecimento conduz, necessariamente, à descaracterização do Estado Democrático de Direito, abrindo-se passo às antíteses da Justiça: a impunidade, a leviandade ou a barbárie.

Colocados os termos desta forma, infere-se não só a importância dos princípios mencionados, mas também a superlativa transcendência para a sociedade que tem o instituto que os reúne: o processo como forma de solução de conflitos. É este o meio em que se ventila a liberdade de cada indivíduo, em que se abre passo a igualdade, se descobre ou não a Justiça e se reproduz ou perece o Estado Democrático de Direito. Daí que este instituto deva ser tratado de forma cuidadosa, explorando todo seu potencial teórico e prático.

Neste ponto, há que se lembrar que o processo, contemporaneamente, consta de valiosos princípios em seu interior, as chamadas garantias das pessoas no processo, sem as quais não há como solucionar o conflito de forma adequada, nem plenitude de direitos para os co-associados. Tais garantias, que são, sem dúvida, elementos da máxima importância, sofrem a pressão dos princípios supramencionados e perfilam-se para a consecução do valor Justiça.

Resta advertir que para solucionar adequadamente e de forma justa o conflito, não basta a consagração constitucional das garantias. O texto da lei não é suficiente para assumir toda a responsabilidade de reprodução dos direitos e liberdades, nem para a conformação do Estado Democrático de Direito, tal e como almejado pelo legislador constituinte e reclamado pela coletividade social. Na verdade, os elementos que permitem afirmar, categoricamente e sem temor a equívocos, que estamos

perante uma forma de Estado que vive em democracia e sob o império da lei, a igualdade para todos, é a Justiça e a efetividade normativa.

Os postulados de igualdade, legalidade e justicialidade, e a Justiça como fundamento último do Estado, constituem um mundo revelador de valores que precisam de efetividade, pois, sem este requisito, não há Estado Democrático de Direito, mas ficção social ou, quando muito, boa vontade.

Pese a todas as dificuldades, dentro do esquema funcional do Estado Democrático de Direito, que o órgão jurisdicional, monopolizador da função de atingir o valor Justiça de maneira direta, deve estar permanentemente disposto a responder aos desafios de modalidades de conflito sempre mutantes, tarefa pela qual recebe continuamente as pressões dos co-associados que exigem, na sua atividade, doses de rapidez e eficiência, e julgamentos com prontidão e justeza. A mutação de conflitos é perfeitamente aferível se analisamos que hoje assistimos a novas modalidades deles, fruto dos avanços tecnológicos, das conquistas da genética ou dos desafios do *marketing* e da publicidade na sociedade de massas do século XXI.

Parece-nos sem sombra de dúvida que qualquer análise sobre a relação entre igualdade-Justiça deva tratar desses problemas.

3. Sociedade, justiça e igualdade

Uma das vertentes mais interessantes de nosso brevíssimo estudo constitui-se do tratamento, com o maior rigor possível, de uma expressão de reconhecida carga emotiva, dentre outras expressões de prestígio no mundo da Filosofia e do Direito: a Justiça.

A ausência da antítese entre indivíduo-sociedade se materializa em regras morais ou jurídicas que condicionam o comportamento do primeiro. De todo modo, embora a cooperação seja o elemento determinante, os conflitos sociais surgem como consequência de uma diversidade de interesses inevitável. É aqui que John Rawls descobre o papel da Justiça, ressaltando que esta “é a primeira das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas do pensamento”.¹ O ponto de partida para explicar a natureza dos conflitos, na análise de Rawls, consiste em estudar o problema da participação dos indivíduos na distribuição apropriada dos benefícios e encargos de cooperação social e a maneira de definir os direitos e deveres de cada um nas instituições básicas da sociedade.²

As vantagens da cooperação social, além dos direitos e deveres fundamentais dos co-associados, são agrupadas em acordos econômicos e sociais que se institucionalizam e adquirem juridicidade no plano da Constituição.

Por isso, é perfeitamente compreensível a advertência de Perelman quanto ao fato de que, na explicação do vocábulo *Justiça*, há que atender a um valor predeterminado pela sociedade, que desfruta de uma força social que faz outorgar um sentido à ação humana. A atribuição do que seja Justiça sujeita o ser humano a uma escala de valores que permite guiar sua existência.³

No terreno dos conflitos sociais, as guerras e revoltas, e até os conflitos mais triviais, conduzem cada uma das partes à arguição de uma idéia de Justiça, que se pretende seja compartilhada, não tanto pelo antagonista, mas pelo árbitro do conflito e pelo conjunto da sociedade.⁴

O denominado *senso de justiça*, inspirado em uma concepção pública e efetiva da mesma, sugere uma idéia básica e

relativamente estável que tende a impedir as perturbações que podem ser ocasionadas pela interação entre indivíduos: a igualdade. É apenas lógica a consideração sobre o laço entre Justiça e igualdade.

Acontece que uma fórmula de igualdade reduzida a um tratamento equivalente a todos os homens conduz a uma idéia insuficiente e formal de Justiça. Uma igualdade nesse sentido, sem distinção de particularidades dos indivíduos do todo social, seria irrealizável, visto que não levaria em conta as condições de cada ser humano, seus méritos, probabilidades e possibilidades de acesso aos bens sociais. Na verdade, a idéia de Justiça apenas se pode estabelecer entre os indivíduos em questão, que pretendem seja reconhecido um direito, por exemplo, se existe algo em comum entre eles, no mínimo, que detenham a crença de que são titulares daquele direito reclamado. Existe, então, uma espécie de identidade fragmentada, que faz com que, em algum momento, se determine o sentido do Justo, como condição de solução do conflito.

Apesar das diversas posições sobre Justiça, é importante definir o que há de comum em todas elas. Para maior compreensão, deve se explicar que há diversas maneiras de se abordar a Justiça, ou que diversos sentidos da Justiça podem ser agrupados. Perelman oferece duas fórmulas de Justiça: a formal, enunciada como “a cada qual a mesma coisa”; a proporcional, enunciada como “a cada qual segundo seus méritos”, e “a cada qual segundo suas obras, a cada qual segundo suas necessidades, a cada qual segundo sua posição e a cada qual segundo o que a lei lhe atribui”.⁵

Embora subsistam as divergências segundo o elemento que padroniza o considerado *justo*, é obvio que emerge um ponto que não admite discussão: os sentidos

acordam que o *justo* significa tratar de idêntica maneira os seres considerados iguais, partindo de um ângulo de observação. O horizonte que é possível visualizar sugere que os seres humanos se enquadrem em categorias diversas, conforme o ângulo que se utiliza, detectando-se categorias de seres que devem ser tratados de igual forma.

Contudo, o pressuposto da igualdade, ligada à obtenção da Justiça, leva a que o tratamento equivalente seja organizado tendo em vista que a característica que serve de padrão de referência seja possuída pelos elementos do grupo no mesmo grau ou com a mesma intensidade.

Dessa maneira, o tratamento jurídico deve ser aplicado atendendo a uma variabilidade de graus dos seres agrupados, procurando sempre uma relação de proporcionalidade que outorga o sentido de equivalência requerida para conduzir, então, à Justiça.

Todavia, o padrão de referência do tratamento jurídico é determinado por uma escolha do próprio ordenamento normativo. Por exemplo: podem constituir-se em padrão de referência as obras executadas pelas pessoas ou suas necessidades mínimas.

Vejamos: dentro de uma sociedade marcada por conflitos entre pessoas que ocupam lugares diferenciados no processo produtivo, é lógico que algumas tenham mais e melhores condições de resolver seu acesso aos bens que satisfazem suas necessidades de subsistência e desenvolvimento, enquanto outras não possuem esta possibilidade apenas primária e lógica para a vida do ser humano. Assim, pode-se diferenciar tendo em vista a necessidade dos seres, alguns muito distantes do acesso a bens que satisfazem as questões mínimas de sobrevivência.

Os dois princípios da Justiça, na óptica de J. Rawls, abordam a dificuldade, com a pretensão de outorgar um material teórico de consenso:

“Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos”.⁶

Os sistemas de liberdades são organizados pela legislação do Estado. Ou seja, Rawls se refere a um sistema de liberdades pré-ordenado pela Constituição – na óptica de Kelsen, a norma fundamental do Estado – e o conjunto de normas infraconstitucionais. O limite da realização daquilo que pode conduzir a uma desigualdade e, simultaneamente, prestigiar o senso de justiça reside na razoabilidade da norma.

A razoabilidade normativa se limita, essencialmente, pelo sentido daquilo que se considera proporcional ao critério assumido para identificar os iguais. A questão evidencia-se sobremaneira quando é escolhido o critério de necessidade para atender a justiça.

Nesse sentido, a advertência de C. Perelman deve ser levada em conta: “Quem deseja aplicar a fórmula ‘a cada qual segundo suas necessidade’ deverá não só estabelecer uma distinção entre as necessidades essenciais e as outras, mas também hierarquizar as necessidades essenciais, de modo que se conheçam aquelas que se há de satisfazer em primeiro lugar e determi-

nar o preço que custará a sua satisfação: essa operação conduzirá à definição da noção de mínimo vital”.⁷

Se o padrão de justiça for determinado pelo legislador, então, a lei entranha uma concepção de justiça, uma fórmula que, em última instância, vai determinar a maneira como o juiz realiza sua tarefa hermenêutica. De maneira que o juiz tem sempre como parâmetro a ordem jurídica e sua fórmula do “justo”. A separação de funções, observada desse ângulo, convalida que a discriminação em várias categorias é feita por um órgão que exerce poder, enquanto a aplicação da fórmula é realizada por outro órgão, igualmente em exercício de poder. A justiça aparece, então, nos vários níveis da estrutura do poder.

É claro que se poderá sempre aduzir que o juiz, independentemente do teor da lei, possui um senso de justiça que inspira seu raciocínio, aplicando a lei de maneira proporcional, atendendo às exigências do razoável.

Na verdade, uma postura alicerçada em um dogmatismo estreito se acoberta numa má interpretada tradição da doutrina francesa. Registremos que, em matéria de interpretação judicial, duas são as correntes tradicionais: a francesa, ou corrente “legalista”; e a anglo-saxônica, ou “criativa”.⁸ O Brasil tem-se mantido fiel à corrente legalista de interpretação. Contudo, esta corrente nunca pregou o desconhecimento de liberdades e direitos fundamentais para o cumprimento da lei, até porque a tradição histórica francesa não levaria nunca a essa afirmação.

No entanto, como expressa José Renato Nalini, no Brasil tem pululado a idéia já vetusta de que o juiz deve sujeitar-se só a um raciocínio lógico, à receita dogmática do silogismo. São inúmeras as sentenças que emanam com decisões que partem do

pressuposto de que a solução era óbvia, numa dinâmica mecanicista de entendimento do exercício da jurisdição: “É o que Roscoe Pound denominava ‘jurisprudência mecânica’, e o que Jerome Frank explicou como a aplicação da fórmula seguinte: $R \text{ (rule)} \times F \text{ (facts)} = D \text{ (decision)}$ ”.⁹

Em contraposição, surge a reação da criatividade norte-americana. Advogando em favor de uma nova forma de interpretação, merece transcrição a opinião de Nalini, que comenta: “Miller e Howell resumiram perfeitamente a corrente que se disseminou: ‘A razão... não é a vida do direito. É realmente parte do direito. Mas a vida? Não. Se por razão entendemos a derivação lógica a partir de princípios gerais e abstratos, então o processo judicial não atua assim; nada obstante, se entendemos por razão um processo de observação disciplinado, unido a um reconhecimento de que existe uma eleição entre valores alternativos e o estudo das possíveis conseqüências da decisão, então a razão tem um papel de primeira ordem”.¹⁰

É bom lembrar que, em matéria de interpretação das normas do devido processo legal, todo o prestígio do direito constitucional norte-americano apóia-se, aqui, precisamente, nessa postura realista. Foi o fruto da interpretação da Corte Suprema dos Estados Unidos que fez crescer e estender essa garantia, como um pouco mais adiante observaremos.

Nessa tradição chamada “criativa”, o tribunal não só interpreta o princípio de modo a fazer valer o que o espírito do constituinte pretendeu quando adotou a regra, como também o faz de forma analítica, “declarando” que a Corte decidiria dessa ou daquela maneira se o problema fosse equacionado de outro modo. Em suma, ele soluciona o caso concreto e fixa regras e padrões para casos futuros semelhantes.

Esta questão merece um tratamento cuidadoso. As possibilidades de uma mudança no sentido de abrir espaços para a interpretação criativa do juiz não são tradição no Brasil. Apesar do Supremo Tribunal Federal ter sido concebido conforme a moda da Suprema Corte Norte-americana, ele não julga com vistas a casos futuros senão por ocasião de casos concretos.

Contudo, a razoabilidade e a proporcionalidade não aparecem somente no plano da aplicação da norma jurídica, mas também no plano da feição da norma, como se deduz do caráter substancial da matéria do devido processo legal, dirigido, na concepção norte-americana, ao legislador.

A materialização da razoabilidade e da proporcionalidade no texto constitucional, por exemplo, não deixa de ser uma manifestação ou reflexo do relacionamento entre detentores e destinatários do poder. Assim, os textos constitucionais possuem, por certo, uma idéia de justiça que em determinada fase histórica alerta ao conjunto do povo. O que não significa que, embora possa existir pretensão de eternidade no texto constitucional, ele seja modificado na medida em que se modifica o senso inserido na sociedade.

O problema da relação entre igualdade, racionalidade e proporcionalidade é também tratado por Enrique Alonso Garcia, que submete as normas emanadas do legislador a um *teste de racionalidad (no razonabilidad)*, que se sintetiza na assertiva: “es irracional la desigualdad que nada tiene que ver con el fin que la norma pretende conseguir”.

Com apoio em Tussman e Tem Broek, aponta o jurista ibérico os cinco possíveis esquemas lógicos em que a racionalidade da igualdade pode ver-se implicada: a) na lei perfeita, o mal que trata de evitar a norma coincide com o grupo que a ocasiona. Aqui,

então, a discriminação é perfeitamente racional; b) o grupo discriminado e tratado desigualmente não tem nada a ver com o mal que a legislação pretende corrigir. No caso, a lei é irracional, e, portanto, inconstitucional; c) a lei não trata desigualmente a todos os que ocasionam o mal, mas apenas distingue um grupo destes. É o caso de *underinclusive statute* (classificação demasiado reduzida), na qual não foram incluídos aqueles que deveriam ser desiguados; d) o caso contrário, ou *overinclusive statute* (classificação demasiado ampla), consiste em discriminar grupos que não deveriam ter tratamento como desiguais; e) e, finalmente, o caso onde simultaneamente encontramos *underinclusive statute* e *overinclusive statute*, em que aparecem alguns dos que estão onde não deveriam estar, mas, ao mesmo tempo, não estão todos os que deveriam estar.¹¹

Na aplicação do teste de racionalidade, o Supremo Tribunal Espanhol manifestou: “(...) El juicio sobre la adecuación de un precepto cualquiera al principio de igualdad exige analizar las razones por las que el legislador há creído necesario singularizar una determinada situación, para contrastar a continuación tales razones con las finalidades constitucionalmente legítimas en las que pueden ampararse y resolver en último término sobre la proporcionalidad que guarda el fin perseguido con la diferenciación establecida (...)”.¹²

Mas, voltando ao juiz, é inegável que na apreciação dos fatos ele atenda a um critério de justiça. A questão aparece com maior rigor nos casos de indeterminabilidade de alguns conceitos trazidos pelo legislador, o que coloca aos Tribunais e Cortes Constitucionais a necessidade de definir e interpretar tais noções com fulcro no sentido de justiça.

Observado o relacionamento entre igualdade e justiça e a necessidade de impor a

razoabilidade e a proporcionalidade como elementos imprescindíveis para formular o conteúdo íntimo dessa interação, trataremos a seguir do terreno em que tais princípios se desenvolvem, o Estado Democrático de Direito.

4. O Estado democrático de direito

O estudo da conexão igualdade-Justiça supõe a lembrança de alguns conceitos sem cujo apoio inicial resultaria dificultoso desenvolver um raciocínio lógico e seqüencial do tema.

Nesse compasso, é bom lembrar que a igualdade como princípio e a Justiça como postulado final da vida em sociedade se dirigem ao favorecimento do homem como sujeito indeterminado. De sorte que o ser humano, alvo desse benefício, deve ser o ponto de partida de qualquer estudo de natureza jurídico-constitucional que se debruce por sobre a conexão proposta.

Parece-nos que não pairam mais dúvidas quanto a que o ser humano é um ente que faz parte do conjunto da natureza e que manifesta, ainda que isto conduza a um certo grau de limitação da sua liberdade, uma vocação natural associativa. Afirme-se, em conseqüência, que o ser humano, como parte do mundo natural, tem como base real de todas suas atividades as condições necessárias para sua própria existência, condições essas que o projetam socialmente.¹³ De maneira que não se poderá falar do homem concebendo-o como um ser isolado, devendo-se concebê-lo sempre, necessariamente, como o *homem social*.¹⁴

A sociedade humana, organizada politicamente, se subordina à existência de um poder controlador da ordem social. Mas também se organiza juridicamente, ou seja, subordina-se a ação dos homens e do próprio Estado a normas que reconhecem

direitos e regulam o conjunto das liberdades humanas, às quais poderíamos chamar de *o Poder Jurídico*.

Nesse sentido, o Estado deve ser analisado como construção humana e conformada por seres humanos. Daqui surge uma clássica distinção entre dois grupos de homens que se diferenciam pelo lugar que ocupam com relação ao Estado. Disso surge uma desigualdade construída e fomentada em termos de democracia representativa, que, de alguma forma, facilitou o exercício do poder após os períodos das revoluções liberais, quer dizer, quando a prática da democracia direta se faria impossível. Alguns, que se assentam no domínio do Estado, são considerados *detentores* do Poder Político; sobre outros, nos quais recai o domínio do Estado, esses são chamados de *destinatários* do Poder Político.¹⁵ Parece-nos que essa distinção entre detentores e destinatários do poder político, ou governantes e governados, continua sendo, provavelmente, a mais pertinente para que se possa ter uma visão de conjunto das questões relativas ao Estado.¹⁶

Ainda que a desigualdade, no caso, seja apontada como razoável para o funcionamento do sistema político, de forma geral podemos dizer, e sem temor de exageros, que, no decurso da história da humanidade socializada, a relação existente entre detentores e destinatários do Poder Político tem sido caracterizada por momentos de profunda tensão. Essa situação tem como fatores de origem, em primeiro lugar, o reconhecimento de espaços, em maior ou menor grau, do exercício da liberdade para os indivíduos destinatários do Poder por parte dos detentores, bem como as garantias consagradas no sistema político e jurídico para fazer valer tais liberdades; em segundo lugar, a procura permanente de formas cada vez mais convenientes e participativas de con-

trole do exercício do Poder Político por parte de seus destinatários.

Conforme se verifique o reconhecimento das liberdades individuais, efetivem-se as garantias consagradas no sistema e se realizem as formas de controle do Poder Político, os Estados praticam um determinado modelo de exercício do Poder. O modelo adotado reproduz o denominado Regime Político.¹⁷ Esses modelos ou regimes têm oscilado entre formas de exercício do Poder caracterizadas pela arbitrariedade do Estado, como no caso do absolutismo da Idade Média, até formas inéditas de participação e controle popular do Poder, como no caso das democracias contemporâneas mais avançadas.

Não é o momento mais apropriado para entrar em detalhes sobre as particularidades do regime político nas diferentes fases da história da humanidade. Interessa resenhar como, no Brasil, o legislador constituinte, atendendo às expectativas populares, não duvidou em consagrar, no primeiro artigo da Carta Magna, que o exercício do Poder se realiza atendendo aos moldes de um tipo particular de Estado, o “Estado Democrático de Direito”. Este é o conceito-chave do regime político adotado pelo Brasil.¹⁸

Genericamente, convém, em consequência, captar em profundidade o significado dessa forma de Estado, com o que conseguiremos estabelecer qual o propósito real do constituinte brasileiro. Especificamente, é preciso manifestar a vital importância que, para o objetivo de nosso trabalho, representa o entendimento do Estado Democrático de Direito, um certo tipo de organização política que constitui o pano de fundo no qual se desenvolve o princípio da igualdade, recria-se o valor *Justiça*, e onde devem efetivar-se as liberdades individuais, especialmente no marco da solução dos conflitos.

Há que advertir que, tecnicamente, o conceito Estado Democrático de Direito, desde suas origens, traz consigo uma polémica subjacente. Esta questão aparece determinada, especialmente, pelas diversas reflexões e contribuições doutrinárias sobre o que deve ser a democracia como ideal de relacionamento entre os detentores do poder político e o conjunto da sociedade civil, assim como também pelas múltiplas propostas de identificação do Direito e de interpretação dos mandamentos legais com a finalidade de atingir a Justiça.¹⁹

O conceito em tela é de feição recente, compreendendo uma simbiose entre os de “Estado de Direito” e “Estado Democrático”. O primeiro deles – Estado de Direito – parece ter sido introduzido na discussão política por Robert von Mohl, em 1829, em *Staatsrecht des Konigsreichs Wuttenberg*, ainda que outros autores já a houvessem utilizado em outros campos, embora sem muita tecnicidade.²⁰

Apesar da dificuldade, parece unânime pela doutrina jurídica e política considerar que o conceito Estado de Direito é tipicamente liberal na sua origem, sendo aplicado a um tipo de Estado caracterizado basicamente pela separação de funções em órgãos diferentes para o exercício do Poder, pela submissão do Poder do Estado ao império da lei e pelo reconhecimento de liberdades e garantias individuais para os co-associados.²¹

Tais características nascem no bojo de uma situação de reformulação política, antes que como fruto de uma reflexão de caráter jurídico, no contexto de luta travada em meados do século XVIII entre a burguesia aspirante ao Poder Político e os poderes do rei, até então, soberano sem discussão e com controle absoluto das questões de Estado. A habilidade burguesa para formular as virtudes da constituciona-

lização deu lugar à reprodução de postulados em vários documentos, gerando-se um leque normativo cujo conteúdo era tido como a expressão máxima da vontade coletiva.

Assim, a teoria original da separação de poderes, que se centrava em princípio numa doutrina política que preconizava a inibição dos poderes absolutos do príncipe soberano, antes que numa teoria jurídica pensada em função do funcionamento harmônico do Estado,²² foi consagrada positivamente no art. 16 da Declaração de Direitos de 1789 na França, ao lado dos direitos fundamentais do homem.

A teoria, que foi atribuída erroneamente a Montesquieu, grande leitor da experiência constitucional inglesa que se iniciara quase quatro séculos antes, ofereceu de imediato dois aspectos de análise: a compreensão de uma “separação de poderes, que propôs um entendimento político, ou de uma “separação de funções”, que gerou um entendimento técnico.²³ Sabe-se que a palavra “poder”, politicamente, tem uma conotação bem diferente à da palavra “função”. De maneira ampla, poder significa a capacidade de impor a vontade própria nas relações sociais, mesmo contra a vontade alheia.²⁴

Na seara que nos propusemos trilhar, o poder político se exerce por seus detentores como um todo único, indivisível, sem possibilidade de ser atribuído a outros agentes sociais, e que deve traduzir-se na coação dos destinatários para o respeito a uma ordem jurídica preestabelecida. O poder se evidencia, precisamente, na manutenção dessa ordem ou organização social.

Tecnicamente, com o termo “função”, distingue-se a divisão material do trabalho do Estado em vários setores. Deste modo, impede-se a concentração do Poder numa mão só, outorgando-se a corpos específicos

tarefas definidas. Cada órgão é um especialista na sua função. Ainda que se manifeste um interesse em manter uma estrita divisão de funções, desde sua gênese, como já visto, evidencia-se também o intuito de manter um controle recíproco entre os distintos órgãos, que é precisamente a base de um sistema chamado originalmente por Montesquieu de *faculté de statuer* e *faculté d'empêcher* (faculdade de criar regras e faculdade de impedir)²⁵ e que se conhecia na Inglaterra como os *cheks and balances* (freios e contrapesos). Para muitos autores, aqui começa a fronteira entre o político e o jurídico, porque é no controle que se mede a maior ou menor flexibilidade no exercício do Poder,²⁶ acrescentando-se que esse controle não é só fator de negociação entre os órgãos, mas também entre as relações do Estado com os particulares, com o que o elemento *controle* passa a ser um dos mais determinantes para a consolidação da democracia.²⁷ Nesta perspectiva, os órgãos equilibrados se controlam entre eles por um sistema com os quais “o Poder faz parar o Poder”.²⁸

Contudo, o sistema da separação tinha como eixo determinante a elaboração legislativa. Com isso, a procura da igualdade e da Justiça, como valores sociais que inspiravam o movimento político, foi vinculada à lei. Na verdade, até a aparição das teses iluministas acolhidas pela Revolução Francesa, a questão relativa à positividade da lei tinha-se fundado na problemática dicotomia de entendê-la como expressão do “justo natural” ou como expressão incondicionada da vontade política do soberano. Seria Rousseau quem unificaria aquelas exigências, fazendo uma síntese conceitual que viria a ser a base teórica do princípio da legalidade.²⁹

Tal síntese resolveu o problema desdobrando a soberania popular nos mandatos

representativos e forjando um sistema baseado no conceito de “vontade geral”. Assim, a participação de cada homem na vontade geral expressada pela lei resolvia o problema da igualdade; o problema da Justiça era eliminado porque, sendo cada homem um elaborador da lei, ninguém seria injusto contra si próprio; por último, estabelecendo que a liberdade de cada homem se submete só aos ditames da lei, elimina-se o problema da sujeição ao arbítrio.³⁰

Todavia, as características iniciais mencionadas possuem mero sentido instrumental perante a garantia dos direitos fundamentais, ainda que não seja totalmente conveniente reduzi-la a aspectos técnicos, visto que essa categoria de direitos configura uma parte essencial não só da operatividade do sistema, sendo também reprodução de uma valorização limitativa dos poderes autoritários.

Assumiremos então que o Estado Democrático de Direito é um tipo de organização político-social, na qual o Estado se pauta pela efetividade plena da soberania popular, funcionando através de órgãos distintos, que trabalham interdependentemente e sujeitos ao império da lei, para consolidar a democracia e o reconhecimento da igualdade, da dignidade e dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana, sendo que toda essa organização supõe uma formulação de Justiça, que lhe é imprescindível e inerente.

Desse modo, surge também uma conclusão evidente. Existe uma ligação entre o tipo de Estado que a sociedade constrói e a possibilidade de alcançar a Justiça. Apesar desta constatação, há que se reconhecer que as sociedades podem encontrar modelos de Estado que organizam um sistema de proteção carente de efetividade, o que cria problemas para a obtenção da Justiça e que, por outra parte, cada socie-

dade pode e deve construir o modelo de Estado que acomode seu critério do *Justo*.

5. Processo e devido processo legal

Na busca de um sentido atual e atuante da igualdade e da Justiça nos marcos do *processo*, é necessário focalizar um cabal conceito desta instituição jurídica, expondo sucintamente as razões do seu surgimento. Percebe-se que o denominado devido processo legal tem uma história, que se inicia muito antes de sua consagração positiva. Ancorados, pois, na história do processo, será fácil posteriormente entender sua conexão com as duas arestas de nosso trabalho.

Observe-se que, considerado em sua essência, o processo se desenvolveu desde os primeiros tempos da história da humanidade não como um sistema formal de conceitos, mas como um particular sistema de relações entre o indivíduo e o Estado. Na verdade, até nossos dias – quiçá agora mais do que nunca – ninguém poderia fazer uma reflexão da complexa dialética processual, acreditando que o processo se compõe exclusivamente de técnicas ou procedimentos regrados pelo Direito. Não, o processo é impregnado, desde seu início, por uma relação de natureza social. Obviamente, com a força que adquire a constitucionalização dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, surge uma regulamentação dessa relação, que se transformou em relação jurídica, sem abandonar seu cunho social característico. Por isso, para uma ponderação do processo pela ótica da Justiça, cumpre priorizar essa interação, no encaixe de melhor entender a figura.

Num primeiro estágio da relação social, as forças do ser humano se voltam para a solução de suas necessidades primárias. Os primeiros conflitos de interesses tinham

como motivação principal divergências quanto à caça de animais ou a colheita de frutos. Frequentemente, para a solução do conflito, o indivíduo armado defendia, na luta corpo a corpo, suas condições mínimas de existência.

Com o desenvolvimento das relações entre os homens, os novos donos da produção adquiriram prontamente a hegemonia, nascendo uma hierarquização no seio da sociedade em favor deles. A desigualdade surge, portanto, em função não da disposição da natureza, mas da distribuição material injusta da produção social.

Realmente resulta bastante difícil nessa primeira etapa da humanidade descobrir algum vestígio de processo, mas é valiosa a exposição dessa etapa histórica porque alicerça a compreensão do surgimento da desigualdade como algo que não é socialmente inerente ao ser humano. Podem ser consideradas desigualdades naturais – indivíduos altos, baixos, morenos, brancos e outras muito gerais –, mas as sociais foram construídas pelo ser humano.

De fato, só na fase escravista o homem começa a desenvolver critérios de racionalização do Direito, para amparar a estrutura de classes baseada no trabalho dos escravos. Nesta etapa é possível identificar os primeiros julgamentos atendidos pelo Estado para regular relações interindividuais. No entanto, não podemos ainda atribuir a estes o vocábulo de processo, visto que nunca houve, que se tenha notícia, corpo jurídico destinado a regular as relações entre indivíduo e Estado.³¹

Apesar das características limitadas do Direito na Antigüidade, que, como é lógico supor, não podia atingir maior desenvolvimento em função de colocar-se a serviço da classe escravista, surgiram conceitos importantes em matéria de direito civil e que – o que é na verdade meritório –

fizeram surgir a idéia de sujeitos jurídicos, quer dizer, pessoas que ostentam direitos que de alguma maneira devem ser salvaguardados pelo Estado. É lógico nem todos os sujeitos, é claro, eram sujeitos jurídicos. Porém, os que tinham essa qualidade podiam exercer suas prerrogativas. Tais privilégios não constituíam direito à liberdade individual contra o Estado; tratava-se, simplesmente, de participar de negócios públicos e de se submeter à lei que era ditada pelo soberano imbuído de poder divino.³²

Na Idade Média, a situação muda. Elimina-se o conceito de sujeito jurídico, com o que a norma objetiva, conduzida a um número de pessoas indeterminadas, confundia-se com a instituição de qualidades jurídicas, privilégios e liberdades em favor de representantes de diferentes centros de poder, entre eles os reis, a Igreja, os senhores feudais e as corporações de ofícios.

O julgamento dos conflitos era assumido por autoridades públicas que tratavam, exclusivamente, das demandas entre cidadãos. Não existia a possibilidade de questionar, perante os tribunais públicos, a forma de exercício do poder por seus detentores, além de inexistirem, igualmente, as possibilidades de defesa judicial.³³

Nesta fase, talvez a única garantia de salvaguarda dos particulares era a figura do Fisco, que consistia em que o Estado, atuando como pessoa jurídica, contratava com particulares comercialmente, comprometendo-se a que estas relações fossem tuteladas por tribunais cíveis. Porém, o Fisco só minorava prejuízos patrimoniais sofridos e nada tinha a ver com a proteção aos direitos individuais das pessoas, e muito menos com a existência de um processo real e efetivo.³⁴

No entanto, paradoxalmente, é nesta fase que começa a tecer-se a rede das

primeiras garantias constitucionais das pessoas no processo. Surgem precocemente e não podemos afirmar que se trata de um movimento geral da humanidade, senão que, visto em sua real dimensão, trata-se de um movimento particular de setores sociais na Inglaterra do século XIII, ocasionado pelos avanços econômicos da nobreza e o grau de organização que atingiram para solicitar as primeiras garantias nos julgamentos, com o que se inauguraria uma história de mecanismos inovadores que passariam a constituir-se nas mais prezadas das garantias humanas.

O fato de terem surgido na Inglaterra as primeiras garantias processuais tem uma explicação à luz da situação da ilha durante a Idade Média. Enquanto na Europa continental a supremacia do Estado à Igreja era evidente, ou pelo menos a igualdade de poderes entre o Rei e o Papa era sensível, na Inglaterra, distante do Papa, o poder terreno e o poder divino começaram a ser tratados como poderes paralelos e independentes um do outro. A história inglesa sugere que, provavelmente, em parte pela fragilidade das tradições feudais, em parte pelo desenvolvimento dos atos de troca por parte dos primeiros comerciantes e a incessante produção mercantil, tudo isso fez aparecer, na prática, novas formas de direito. A irreverência de uma nova classe social, a burguesia, que na Inglaterra nasceu antes que em todo o resto de Europa, sua luta no terreno econômico, que logo deu passo à luta nos terrenos do pensamento e da cultura em geral, para limitar os poderes da aristocracia feudal e do soberano autoritário, e o perigo detectado por uma nobreza hábil perante um rei pusilânime diante dos novos acontecimentos conformaram o contexto em que se dá a Carta Magna de 21 de junho de 1215 (*Magna Charta Libertatum*) e as Declara-

ções Inglesas (*Bills*), que constituem os primeiros antecedentes dos já estudados direitos e liberdades fundamentais e do posteriormente proclamado princípio da legalidade.³⁵

Contudo, a nobreza não vacilou em escrever as garantias processuais. E reiteiramos, por ser muito importante, que é precisamente nisto que avulta a importância da questão, porque foi o começo do controle dos governantes por meio de normas. O direito escrito passa a ser medida de valoração da conduta humana, identificando-se como instrumento de resguardo do valor “pessoa humana”.

Portanto, esse valor – “pessoa humana” – antecede o próprio direito positivo, condicionando-o e dando-lhe razão de ser.³⁶

O conceito moderno do devido processo legal trabalhou-se com índole meramente processualística na Inglaterra. A riqueza de conteúdo material das normas do devido processo legal foi fruto posterior à incorporação do princípio no constitucionalismo norte-americano, no bojo da conformação dos Estados da nascente Federação, ao lado dos *checks and balances* e a *judicial review*.³⁷

As 5.^a e 14.^a Emendas da Constituição da Filadélfia, que posteriormente fariam parte integrante da Constituição dos Estados Unidos, concluíram consagrando, com todas as letras, a garantia do devido processo legal.³⁸

A Constituição norte-americana recolheu as garantias que regiam as constituições das treze colônias e as incorporou por meio das emendas. De forma explícita foram confirmadas a não auto-incriminação (*self incrimination*), que tem origem na máxima “ninguém é obrigado a acusar-se” (*nemo tenetur proder-or acussare se ipsum*), invocada no século XVI contra os tribunais eclesiásticos, e que foi vinculada

à 5.^a Emenda (*privilege against self-incrimination*).³⁹ Logo após, a 6.^a Emenda vinculou o direito a um julgamento ágil e público (*speedy and public trial*), o juiz imparcial, o direito ao contraditório e à ampla defesa e à produção de prova.

Foi a jurisprudência da Suprema Corte que começou a exercer um papel preponderante no aperfeiçoamento da forma inicial das garantias processuais, atendendo à necessidade de soluções justas a casos concretos. Dessa maneira, princípios como o do juiz natural se transformam, de simples proibição de tribunais excepcionais, a garantia de juiz competente, e, dentro do processo penal, a garantia de juiz territorialmente competente.

O postulado só passou a ser requisito de validade dos processos civis graças às brilhantes reflexões de Walch e Buloch, na Alemanha, sobre a independência da ação civil, o que ocasionou uma revolução na forma de interpretar o direito, pela diferenciação do direito público subjetivo de ação com relação ao direito material civil que visa à tutela. Essa nova face do direito abriu espaço para o reconhecimento do devido processo legal como requisito de validade nos processos cíveis.

Dentro dos processos administrativos, os modernos princípios de legalidade e moralidade administrativa decorrem da cláusula do devido processo legal. Ultimamente têm enorme relevância no exercício do poder de polícia, para disciplinar o exercício da liberdade individual e a utilização da propriedade em benefício do bem comum, ordenando os direitos privados em harmonia com os superiores interesses coletivos.⁴⁰

Essa expansão em praticamente todas as áreas do Direito tem sido ocasionada pela construção permanente de uma valiosa doutrina e uma valente jurisprudência, que

continua analisando o velho problema de como proteger os direitos e liberdades fundamentais, qualquer que seja a situação ou a natureza do conflito jurídico.

Entretanto, não é unicamente no aspecto adjetivo que se desenvolveu a cláusula do devido processo legal. O labor consciente da Suprema Corte norte-americana, ligado a uma série de movimentos sociais em busca de efetivar uma proteção contra a possibilidade sempre ameaçadora de arbítrio do legislador, fez surgir um novo caráter da cláusula, o chamado aspecto substancial, sobre o que, na continuação, meditaremos.

5.1 O caráter material do devido processo legal

Nos Estados Unidos, a aplicação da cláusula do devido processo legal era feita com base na interpretação do espírito dos legisladores da 14.^a Emenda. Conforme a doutrina predominante, a intenção do criador da norma era incorporar os direitos e imunidades a todos os cidadãos norte-americanos. Dentre aqueles, configurava-se a possibilidade de poder acionar o Judiciário para exigir a tutela de seus direitos nas condições de um processo legal e justo. Assim, procurava-se dar efetividade ao direito material e ao direito ao processo.

Não era intenção da Suprema Corte dar conteúdo substancial à prestigiosa cláusula. Foi o ulterior desenvolvimento feito pela jurisprudência que transfigurou o devido processo legal, de garantia processual, em verdadeiro limite do arbítrio do Legislativo na sua tarefa de fazer a lei e limite do mérito das decisões do Estado.

O órgão legislativo da recente nação americana exercia sua tarefa praticamente sem controle, numa sociedade politicamente agitada. A reação social perante as leis

emanadas do Congresso não se fez esperar, em virtude da necessidade de proteção máxima da livre iniciativa e do direito de propriedade. Todas as leis que atentassem contra este direito pecavam por arbitrariedade, uma vez que o livre mercado era a ferramenta ideal para o desenvolvimento do capitalismo.

Antes de finalizar o século XIX, quando os valores de liberdade e propriedade se consolidam no modelo econômico, teve início um movimento dentro da Suprema Corte norte-americana para utilizar a cláusula do devido processo legal no campo do direito substantivo. Expandiram-se, então, o controle da constitucionalidade (*judicial review*) e o princípio de que a lei não pode ser considerada conforme os ditames do devido processo legal se carece de “razoabilidade” ou “racionalidade” (*rationality*), ou seja, se atenta contra as liberdades consagradas. Mais singelamente, quando é arbitrária.

Nasceu um duplo caráter do devido processo legal que, felizmente, se mantém até os nossos dias: o caráter material ou substantivo (*substantive due process*) e o caráter processual (*procedural due process*).

A razoabilidade ou racionalidade das leis tomou força nos casos em que o Poder Legislativo exerce sua tarefa estando em jogo as liberdades públicas. O fundamento é a desconfiança com o trabalho legislativo quando se trata de regular direitos fundamentais, especialmente quando deve restringir um para prestigiar outro, exigindo-se valorações imediatas.⁴¹

Nos Estados Unidos, a igualdade entre os órgãos Legislativo e Judiciário, nos marcos da separação de funções, foi o argumento para justificar um caráter antidemocrático para a anulação das leis pelos juízes quando o fruto do trabalho do Congresso não tivesse

a razoabilidade necessária, ou seja, quando não prestigiasse o sentido de Justiça albergado na Constituição. A obra de James Bradley Thayer formulou a tese da “regra da equivocação clara”, que originou a tese da presunção de constitucionalidade, pela qual não é possível duvidar da validade da lei quando os homens sensatos da comunidade não percebem a contradições entre a lei e a Constituição. O apelo de Thayer à sociedade tinha a intenção de criar uma separação entre a sociedade e o órgão jurisdicional, procurando limitar a atividade dos juízes afirmando que a responsabilidade pela Justiça recai no povo e não no Judiciário.⁴²

Assim, o transcurso de séculos de árduo trabalho constitucional fez com que o devido processo legal tivesse uma essência processual muito bem determinada, designando uma série de prerrogativas que podem invocar-se juridicamente perante os tribunais. Parece-nos que não obteve a mesma sorte o aspecto substancial da cláusula, que se atrela ao ideal de Justiça que cada comunidade possui. Todavia, é importante manifestar que, na órbita dos países latino-americanos, existem fortes inclinações por outorgar ao princípio toda a dimensão que merece. É bom registrar a atitude valiosa daqueles que, com ótica democrática dos estudos jurídicos, persistem na tarefa de dar a essa cláusula imortal a relevância que deve possuir em todos os campos do Direito.

Contudo, a conseqüência natural da gradativa ocupação de espaços da cláusula do devido processo legal a quase todos os âmbitos do Direito foi sua consideração permanente sob o prisma constitucional. É que a vital importância das garantias processuais para a pessoa humana só pode encontrar um espaço de reconhecimento adequado na cúspide do sistema jurídico, no Estatuto Constitucional.⁴³ Com prontidão, o devido processo legal passou das declara-

ções de direitos aos corpos constitucionais dos Estados de quase o mundo todo, se bem que de forma diversa, já que, em alguns casos, é unicamente enunciado no preâmbulo de forma lacônica, embora, em outros casos, mais cuidadosos, ele apareça em capítulo autônomo, detalhado e prolixo.⁴⁴

Constitucionalizada, a cláusula do devido processo legal estendeu-se no sistema como fonte de validade de todo o resto de normas processuais, ocasionando a inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais que lhe eram contrárias.

A repercussão no Judiciário foi radical. Este sofreu um aperfeiçoamento na sua tarefa julgadora que até hoje tem pleno vigor, pois começou a atuar não mais como simples repetidor da regra legislativa, mas com a preocupação de culminar o julgamento com uma sentença que reproduzisse o sentido de Justiça hospedado na sociedade.⁴⁵

No Legislativo também o impacto foi maiúsculo, pois o órgão legiferante recebeu uma ordem que o levou a pensar no seu modo de exercer sua atividade até então. A orientação constitucional obrigou a dar à lei um sentido específico, devendo forjar-se na razoabilidade, delineando formas processuais próprias dos postulados de um Estado democrático. Ou seja, o Legislativo ficou submisso à razoabilidade, à proporcionalidade e à Justiça.

Na doutrina, o inquieto pensamento jurídico desprende o chamado Direito Processual Constitucional, com um método de interpretação da norma constitucional relativa ao processo, que o fez amadurecer a idéia de postulados a serem levados em conta para resolver todo tipo de demandas e litígios, mas que, na sua essência, procuram fazer Justiça salvaguardando os direitos e liberdades fundamentais.

Por último, resta afirmar que a repercussão no âmbito da vida das pessoas foi

tremendamente surpreendente. O devido processo legal convertido em devido processo constitucional levou à garantia da participação adequada das pessoas nas entranhas do processo, e também – o que é mais significativo – deu lugar a um verdadeiro direito ao processo, abriu o caminho efetivo do acesso à jurisdição em condições de completude e efetividade da tutela jurisdicional. O direito ao processo nasceu com a constitucionalização como um verdadeiro direito fundamental de todo co-associado.⁴⁶

O caso anterior é de interesse superlativo para nosso estudo, em virtude de que o processo constitucionalizado obriga a interpretar sua finalidade de comum acordo com o espírito geral da Constituição, e nesse sentido se atrela à idéia de Justiça que repousa no texto magno. Assim, a influência nos quatro setores, já constatada, se exerce porque sujeitos à Justiça, como valor preponderante na solução dos conflitos, na elaboração da lei e na interpretação normativa.

5.2 *Da técnica descritiva à técnica de respeito às liberdades*

A concepção moderna de processo foi atingida a partir do pensamento da doutrina alemã, especialmente de Oscar von Bülow, que em 1868 revela os dois âmbitos da atuação processual. A tese consistia em diferenciar, de um lado, a relação material, a lide em si mesma considerada, o conflito de interesses; e, de outro, a relação que não é mais de caráter privado, mas de caráter público, pela qual o juiz está obrigado a dizer o direito, em face da solicitação feita pelas partes, que ficam obrigadas a um conjunto de regras e procedimentos e devem submeter-se à decisão final do juiz. Foi o início da parte substantiva e a parte adjetiva do Direito.

Na ótica da dogmática jurídica, o termo *processo* possui um significado meramente descritivo. Essa conotação, que tem pretensões de cientificidade, não pode coabitar com o estudo do fenômeno da efetividade ou prática concreta das normas, por considerá-lo um problema sociológico, ou quando muito, axiológico.⁴⁷

A noção mais avançada de Estado Democrático de Direito caminha na via de uma noção de processo ajustada às finalidades dessa forma de Estado. Neste sentido, o processo reveste-se de três perfis: o perfil técnico, que possui relação com o funcionamento do processo, como conjunto ordenado de procedimentos; o perfil constitucional, ou seja, sua correspondência exata com as formas constitucionais preestabelecidas que plasmam os caracteres do Estado Democrático de Direito; e, por último, o perfil teleológico, isto é, como se amolda o processo à finalidade de fazer valer a Justiça, baseado no respeito absoluto e indiscutível dos direitos e liberdades fundamentais do ser humano.

Sem dúvida que, tecnicamente, o processo revela-se como um conjunto de procedimentos destinados à consecução de uma sentença. Isso é inegável, visto que tais procedimentos marcam o dia-a-dia das garantias constitucionais. No entanto, processo e procedimento são questões distintas, embora se trabalhe processualmente com técnicas procedimentais. Alhures, já a doutrina tem feito tal distinção. Não obstante, por sua agudeza, consideramos importante citar textualmente a lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha:

“O processo é o instrumento jurídico pelo qual se persegue o objetivo específico de aplicação do direito, em caso dado a decisão jurisdicional, segundo um procedimento previamente

explicitado em lei, e tem um sentido de veículo de uma ação assegurada pelo Estado e imbuída de objetivo específico e inafastável de seu uso e valor.

O procedimento é o movimento estatal previamente definido em lei e destinado a processar os elementos do conflito-lide posto ao exame e decisão jurisdicionais; quer dizer, o conjunto de atos encadeados dão e manifestam a essência do procedimento”.⁴⁸

O procedimento, em consequência, é parte importante da vida do processo. Contudo, pretender fixar aqui o núcleo do processo é sonegar sua real relevância dentro do Estado Democrático de Direito.

Em qualquer tipo de Estado, o processo, além de técnica procedimental, é também, e substancialmente, medida do caráter democrático, ou não, da forma de Estado. Nesse sentido, no Estado Democrático de Direito, o processo é mais que técnica, pois constitui garantia de Justiça para a coletividade, que é sua finalidade, daí seu caráter principiológico imanente, que não admite que seja reduzido a meros procedimentos.

Isso porque o processo se nutre de uma série de princípios que limitam a realização arbitrária do direito, ou seja, a realização arbitrária do Poder Político, do qual, lembremos, o direito é seu instrumento.

Advirta-se que a expressão *processo democrático* contém uma forte carga valorativa, não de uso meramente descritivo. É técnica jurídica, é verdade, mas, para o respeito da liberdade, para a segurança dos cidadãos no exercício de seus direitos individuais e coletivos controvertidos, lesados ou apenas ameaçados por terceiros ou pelo Estado, ou seja, para garantir a igualdade e a Justiça. As chamadas “categorias”, ou técnicas de organização processual, ou simplesmente garantias das pessoas no

processo constituem um rito obrigatório para o respeito da liberdade individual.

Assim, para definir o processo nos marcos do Estado Democrático de Direito, é necessário, antes de tudo, aceitar o valor nele implícito: a defesa e tutela das liberdades dos cidadãos por meio de garantias preestabelecidas, verdadeiras técnicas jurídicas, a serviço das partes em conflito, com a finalidade de uma sentença justa. Exige-se dele que seja adequado e certo, apto para reproduzir a igualdade e a Justiça almejadas socialmente.

Quanto ao procedimento, este constitui o modo como se exercita o processo. Exige-se dele flexibilidade para o atendimento dos interesses em conflito; certeza, para a garantia dos direitos que se questionam; fluidez e celeridade, para que seja pronta a solução ou cessação da ameaça.

5.3 O devido processo legal na sociedade contemporânea

Quando começamos nossa análise sobre o processo, a pedra inicial de estudo foi a afirmação de que este se desenvolve como um particular esquema de relações. O desenvolvimento dessas relações, até constituir-se o figurino que hoje ostenta a cláusula do devido processo legal, faz parte do melhor da história da civilização humana.

Esta afirmação se comprova porque as garantias constitucionais do processo tutelam a afirmação efetiva de direitos e liberdades fundamentais. Como já fixamos em patamar anterior de pesquisa, não se pode separar a liberdade do indivíduo da liberdade da sociedade, do grau de domínio que este tem sobre a natureza e da forma como estabelece critérios de relação com a comunidade e o Estado.

Na medida em que a idéia de liberdade passou de um plano meramente formal para

transformar-se em liberdade real, em função da luta do indivíduo contra a arbitrariedade do Estado, apresentou-se, por força, uma mudança no agir do Estado, que de uma atitude passiva de resguardo de direitos passou a uma atitude ativa de fazer implantar e valer esses direitos.

Nessa mudança transcendental, as garantias processuais primeiro serviram para reger os julgamentos do rei. Logo, foram o bastião para a exigência do cumprimento de fins do Estado, quando este ficava inerte perante as necessidades sociais. A complexidade das relações sociais, num mundo cada vez mais interdependente, fez com que os primeiros conflitos individuais passassem a ser coletivos, porque afetavam toda uma camada do povo. Recentemente, é certo afirmar a existência de conflitos cuja solução interessa a toda a comunidade, ou seja, revestidos da noção teórica de “interesse público”. Neste novo quadro, o processo passa a ter uma outra dimensão, já que agora pode ser seguido com interesse por toda a sociedade, devido ao fato de que seu resultado afetará as relações do conjunto social.

Com o objetivo de ordenar as finalidades do devido processo legal, já não sob a ótica do Estado Democrático de Direito, mas da real necessidade da sua efetividade no tecido social, podemos afirmar que a cláusula se dispõe a agenciar um acordo com relação a um conjunto de tensões que poderíamos assim reproduzir:

GRUPO	NORMA	ESTABILIDADE DO DIREITO	ESTADO
-	-	-	-
INDIVÍDUO	IDEAL DE JUSTIÇA	EVOLUÇÃO DO DIREITO	LIBERDADE

A partir da idéia da relação grupo-indivíduo, o processo mediatiza o divórcio existente na atualidade entre o homem como sujeito jurídico e o homem como cidadão político e sujeito econômico da sociedade civil, inserido na dinâmica social.

Esse divórcio se ocasiona, entre outras razões, devido ao fato de que, ainda nos anos finais do século XX, se ratifica a separação Estado-sociedade, o que faz perfeitamente concebível o entendimento dos direitos individuais como esferas de autonomia. O Estado garante as condições que permitem o encontro das autonomias individuais, e está formalmente obrigado a preservá-las diante da ameaça ou lesão de terceiros e de agentes do mesmo Estado.

Nesse esquema de funcionamento político e social, os interesses dos detentores do poder, usualmente, apesar de já haver transcorrido séculos de evolução social, se colocam ainda como reivindicações coletivas. Assim, o primeiro direito fundamental do homem, ao lado do da vida e do da liberdade, é o da propriedade, o que faz com que, por conseqüência, a consagração da cláusula não pode ser outra senão a de garantir que ninguém pode ser privado da sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, fórmula que adota a maioria das constituições atuais.

A propriedade, servindo de parâmetro de localização do homem no contexto social, interfere em todas as relações humanas. Como o processo é um tipo de relação social, a propriedade termina condicionando essa relação.

O homem ocupa um lugar no grupo que depende do seu grau de riqueza, ou, em outros termos, seu lugar na sociedade depende da sua relação como proprietário ou não de bens sociais.

Neste sentido, o processo tem significados diferentes conforme se olhe pelo indi-

víduo isolado, sem proteção do Estado, distante dele, destinatário da norma, que procura muitas vezes, quando ingressa em juízo, ter acesso aos bens dos quais foi burlado pelo mais forte economicamente, ou do qual foi vítima pelas próprias condições em que se desenvolvem suas relações. Sua intenção é o acesso não à jurisdição, mas à Justiça como valor social. Por isso pugna por uma jurisdição rápida e eficiente, por um ideal de Justiça. Para este indivíduo, o processo representa sua forma de ver seu direito respeitado. Para ele, o processo é um meio, não um fim (...), é o meio da Justiça.⁴⁹

Para o detentor da propriedade, não raramente detentor também do Poder Político, direta ou indiretamente, o processo é importante para que não mude o *status quo*, para cristalizar a desigualdade institucionalizada e para realizar o máximo de Justiça tolerável. Nesse sentido, o detentor da propriedade demanda que as normas criadas reproduzam seu interesse individual e não os interesses da Justiça social.

A situação seria muito fácil para os detentores do Poder Político, não fosse o fato de que o problema de dimensionar a Justiça, de dizer o que é justo ou não, se afere no momento de exercer coercitivamente a norma por um órgão independente: o Judiciário.

O órgão Judiciário é também Estado, mas com a particularidade de ter de cumprir com o dever de fornecer sentenças justas e estar rodeado de outras arestas dentro do sistema organizacional. Escapa, repetidas vezes, do controle dos detentores do Poder Político nessa atividade, dando mostras de esforço, em mais de uma oportunidade, em procurar oferecer soluções que acompanhem a evolução dos valores no sistema jurídico em contraposição à estabilidade das formas do direito, presti-

giando um equilíbrio entre os direitos do indivíduo e os direitos do grupo, e posicionando-se preferencialmente pelo predomínio da liberdade por sobre as razões de Estado, comprometendo-se, dessa maneira, com a redução da desigualdade e a obtenção de Justiça.

Em todo caso, ao manter-se o divórcio entre o homem jurídico e homem sujeito político e econômico, além da referida separação entre homem e Estado, o indivíduo só terá reais possibilidades de ascender à Justiça quando adquire *status* perante o grupo, sem o que estaria sujeito ao arbítrio permanente das posições conceituais dos detentores do Poder Político, o que o levaria a ser presa de toda sorte de desmandos dos poderosos.

As garantias das pessoas no processo devem atuar em busca da eliminação dessa desigualdade fática. A efetividade dessa intenção é uma conquista democrática de relevância para toda a sociedade porque reflete uma mudança na luta política entre detentores e destinatários do Poder.

De outro lado, o devido processo legal por força da sua constante aplicação é o motor que impulsiona o direito. Trabalha com as normas do sistema, ao passo que o Poder Judiciário, criativamente, se converte em seu intérprete e seu formulador fundamental, sendo o único ente capaz de responder criativamente às exigências de um Direito que necessita ser ainda mais atuante.

Em suma, o Estado Democrático de Direito precisa atuar como elemento que garanta a igualdade, a Justiça e os direitos fundamentais das pessoas no processo. Não pode conformar-se apenas com o reconhecimento dos direitos e liberdades materiais, pois é sua tarefa preocupar-se com a forma como os destinatários do Poder Político acedem ao processo justo, participam do

processo e satisfazem suas pretensões por meio do processo.

Essa atividade da forma de Estado Democrático de Direito, na sociedade de fins de século, aparece limitada, não podendo ser completa. Enfrenta uma dificuldade congênita, porque o próprio processo verte-se como o meio instrumental para um projeto de Justiça, que também nasce limitado pelas contingências que expressam as correlações reais de forças na sociedade, comprometido com cargas políticas e implicações econômicas claramente identificáveis no ordenamento jurídico a que se encontra vinculado.⁵⁰

Nesse contexto, as garantias dificilmente podem ser plenamente efetivadas, pois ficam sujeitas a problemas extra-sistemáticos, que evidenciam movimentos de ação e interação dos atores sociais.

No entanto, não podemos iniciar nosso estudo no direito constitucional positivo brasileiro com tais doses de pessimismo. Estas considerações iniciais apenas reafirmam a necessidade de empregar todos os recursos oferecidos pelo Direito Constitucional para superar as dificuldades existentes, sempre orientando nossa ação pelos postulados da igualdade e da Justiça.

6. Processo, igualdade e justiça na Constituição Federal de 1988

O advento da Constituição de 1988 comportou duas situações para a história brasileira: do ponto de vista do conjunto do povo, uma sensação de transformação das relações tradicionais entre os relatos normativos e a expectativa fática de cumprimento de seus postulados; do ponto de vista do sistema jurídico, como era lógico, a nova Constituição, após anos de desconhecimento de direitos e liberdades fundamentais, projetou uma redação amplamen-

te consagradora dos direitos e garantias individuais.

O desenho normativo constitucional brasileiro inicia-se com um preâmbulo generoso em termos de intencionalidade. Com efeito, nele percebemos a intenção manifesta e predeterminada de instituir um Estado Democrático. Admitamos que esta postura reflete um estado de ânimo disposto à consagração de valores fundados nas liberdades individuais e o cerceamento dos espaços de autoritarismo no exercício do Poder Político.

Com meridiana precisão, o preâmbulo continua expressando que essa forma de Estado se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, e valores supremos como a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a Justiça, todos considerados imprescindíveis para construir uma sociedade fraterna.

Sabemos que uma interpretação adequada da Constituição não poderá ser obtida se o exegeta examina a norma isoladamente. O sucesso da interpretação só é possível por meio do enfoque sistemático. Isto é, se o sentido e alcance de uma norma se articula com o sentido e alcance de outras normas que também fazem parte do sistema, numa verdadeira universalidade de intenções constitucionais.⁵¹

Tratando-se de interpretação de normas que consagram direitos e liberdades fundamentais, essa situação pode chegar a ser muito problemática, nos casos em que se exige uma graduação valorativa que conduza ao detrimento de um princípio em prestígio de outro.

Para Vicente Greco Filho, se a meta é atingir valores que são comuns a todos os indivíduos, só é possível restringir os direitos fundamentais quando a prevalência da vontade de um indivíduo representa a

destruição ou perigo de destruição de outras vontades humanas legítimas.⁵²

Destarte, uma análise coerente do sistema constitucional relaciona, de imediato, os postulados de igualdade e Justiça, contidos no Preâmbulo e espalhados pelo conjunto normativo, com a idéia de uma sociedade organizada, que dirime seus conflitos no debate democrático, pautado pelo exercício dos direitos fundamentais, e cujas inevitáveis situações de conflito são resolvidas no marco de um processo que reflete os postulados iniciais do nosso raciocínio – igualdade e Justiça. Daí a vinculação estreita entre processo, igualdade e Justiça no sistema.

O art. 1.º da Constituição aclama o Estado Democrático de Direito como forma constitutiva da República Federativa. Chama a atenção o vocábulo “constituir”, bastante claro no sentido de que o Estado, caracterizado dessa maneira, se funda para a obtenção de efeitos práticos na sociedade. Por conseqüência, em termos formais, resulta um fato consumado: que nos encontramos perante um real Estado Democrático.

O constituinte, em clara demonstração da importância que fornece ao tema, acertou nesta oportunidade, colocando os “Direitos e Garantias Fundamentais” no Título antecedente à organização da estrutura do Estado, o Título II da Carta Magna. Na verdade, nas constituições, esta é a melhor colocação para tais direitos e garantias. É que historicamente eles são, antes que o Estado, inerentes ao ser humano.

O Capítulo I do Título II denomina-se “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. É neste capítulo que consta de só um artigo – o festejado art. 5.º – que encontraremos claramente expressas as normas referentes à igualdade, à garantia do devido processo legal e todo o complexo de postulados que lhe são decorrentes.

Através da leitura do parágrafo 2.º do art. 5.º, admite-se que são protegidos outros direitos e garantias, que “decorrem” do regime político, dos princípios adotados pelo estatuto constituinte ou dos tratados internacionais. Em outras palavras, nossa Carta Magna contém direitos e garantias expressas ou explícitas, colocadas em todo o corpo constitucional, e direitos e garantias implícitas a ela.

Essa previsão constitucional de não-exclusão de outros direitos e garantias é já sedimentada no constitucionalismo mundial a partir da jurisprudência norte-americana das décadas de 60 e 70 do século XX, em que se reconhece que as garantias explícitas constantes dos *Bill of Rights* possuem “sombras jurídicas extensivas” designadas como *penumbral rights*, que abrigam outras garantias conseqüentes.⁵³

Pois bem, reza o *caput* do art. 5.º que “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...”.

Conforme a redação do artigo, parece que a igualdade é garantida unicamente para os brasileiros e estrangeiros residentes, ficando sem o agasalho da garantia os estrangeiros não-residentes participantes em processo. Tal não pode ser a interpretação adequada, uma vez que entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito consigna-se a dignidade da pessoa humana – inciso III do art. I da Carta Maior – sem que haja distinção de tempo, lugar ou circunstância. Se não bastasse este imperativo mandato, ainda contamos com a orientação constitucional do art. 4.º, inciso II, que consagra o respeito que, nas suas relações internacionais, o Brasil guarda pela prevalência dos direitos humanos.

Não resta dúvida, em conseqüência, quanto à amplitude de tal postulado, estendido aos estrangeiros não residentes no País, advinda da interpretação sistemática da Carta e da procura do interesse último do legislador constituinte.

Juridicamente, a igualdade, como princípio, inicia seu decorrer no sistema reconhecendo as desigualdades humanas, tanto aquelas consideradas físicas ou naturais como as que decorrem por artifício do homem. De fato, a igualdade tem sido utilizada para intervir na solução do problema de dar tratamento diferente aos desiguais fisicamente, como também para corrigir os despropósitos da hierarquização surgidos no seio social, já comentados ao relatarmos o surgimento do processo.

No panorama da Constituição de 1988, o princípio da igualdade se difunde irradiando seus efeitos. O próprio preâmbulo inicia esta propalação do postulado quando manifesta como finalidade do Estado Democrático instituído a de assegurar o império da igualdade, como valor supremo de uma sociedade fraterna. Imediatamente sob o Título I, denominado “Dos Princípios Fundamentais”, o art. 3.º, inciso IV, explicita como um dos objetivos fundamentais da República Federativa a promoção do bem de todos sem preconceitos.

Entretanto, a superlativa importância do princípio da igualdade repousa na sua mais recente forma de ser interpretado, e à qual se amoldou a Constituição de 1988. Com efeito, tradicionalmente se fundamenta a diretriz da igualdade como postulado a reger perante a lei, significando a exigência de tratamento paritário na aplicação do direito pelos tribunais e órgãos da Administração; em outras palavras, o juiz não deve distinguir entre situações iguais ao aplicar a Lei.

Tal interpretação foi ampliada em solo pátrio por autores como Celso Antônio

Bandeira de Mello, na fórmula de que o postulado se dirige também ao legislador. Dessa maneira, o legislador pode discriminar indivíduos e situações, respeitando modelos de orientação: a discriminação não pode atingir de modo atual e absoluto um só indivíduo; as situações ou pessoas desigualladas devem ter intrinsecamente o traço desigualador que as distingue, existindo na desequiparação uma correlação lógica, que, em última instância, se projete ao bem público, prestigiando os fins constitucionais.⁵⁴

A doutrina norte-americana avançou ainda mais nessa idéia, entendendo que, além da congruência da desigualação, ou seja, da correspondência da norma jurídica com a situação do sujeito, se exija o interesse público concreto.⁵⁵

Para o legislador, como consequência dos impactos dessa fulminante doutrina, o desenvolvimento do postulado da igualdade equivale a preservá-lo cada vez que desenvolva sua tarefa, para que a Lei obtenha validade. É que, embora pareça tão claro, existem situações em que é perfeitamente compreensível que, dentro do sistema jurídico, até para o fortalecimento do próprio postulado da igualdade, seja autorizada a desigualação dos aparentemente iguais.

O ente legiferante, como um todo, se depara com contingências próprias da vida social, que o levam a preferenciar indivíduos e valorizar situações. Porém, a norma elaborada com o intuito de classificar não deve ser arbitrária ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário à consecução de finalidades constitucionalmente válidas.⁵⁶

Este é o conteúdo real ou material do princípio da igualdade. Assim, considerando o processo, não pode o legislador elaborar normas que instituem discrimina-

ções arbitrárias para as partes. Deverá sempre inspirar sua atividade nos modelos de desigualação.

Firme-se então a idéia da existência de um duplo caráter do princípio da igualdade – o formal e o material –, e que estas modalidades estão presentes em todo o conteúdo normativo da Constituição Federal, mormente no desenvolvimento substantivo e adjetivo da cláusula do devido processo legal.

Quanto a esta fórmula, estabeleceu o legislador constituinte sem vacilações no inciso LIV do art. 5.º: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. De imediato, ressalte-se a conformação híbrida da figura. Trata-se de um princípio, de um direito e de uma garantia fundamental. Mais claramente, o devido processo legal é um direito consubstanciado num princípio no qual confluem outros princípios, para constituir a proteção ou garantia de fazer efetivos outros direitos e liberdades. Hoje, praticamente todas as constituições do mundo democrático reconhecem a necessidade de proclamar o devido processo legal dentro do conjunto de garantias da pessoa humana.

O exercício de caracterizar a cláusula em tela dentro do sistema é pertinente para entender sua real feição. Certamente, uma ou outra forma de abordá-lo dependerá do privilégio que o intérprete conceda a um tópico particular do instituto. Todavia, existe o critério de que, seja qual for o aspecto, o devido processo legal manifesta os aspectos material e processual, que servem para localizá-lo no conjunto do sistema constitucional.

Na verdade, a interpretação jurisprudencial que provinha do sistema constitucional anterior era meramente adjetiva ou processualística. A dinâmica com que a jurispru-

dência entendeu a cláusula do devido processo legal era a de síntese de todas as garantias decorrentes desse instituto no seu aspecto adjetivo.

Esse acento processual pode ser a causa para que não apareça o termo “razoabilidade” na Carta Magna. No entanto, acreditamos que não existem dúvidas de que a garantia do devido processo legal dentro do estatuto fundamental atinge uma dimensão substantiva. Em outras palavras, embora não expressamente inserida no texto, é possível desprender a manifestação substancial do devido processo legal por meio da interpretação de sistema da Constituição.

Neste aspecto material, manifesta-se a obrigação de ser atendido o princípio no momento do legislador exercer sua tarefa legiferante, evitando, assim, a construção de leis contrárias ou conflitantes com a garantia. Com efeito, a elaboração de qualquer uma das espécies normativas consagradas no art. 59, incisos II a VI, da Constituição Federal deve atender ao princípio. Ressalte-se que não incluímos a espécie normativa da emenda constitucional porque, como sabemos, sendo a garantia do devido processo legal “cláusula pétrea”, não é possível sequer chegar a deliberar sobre questões tendentes à abolição dos direitos e das garantias fundamentais.

Existe, então, vedação explícita ao órgão legislativo quanto a legislar contrariamente ao “razoável”, contrariamente à Justiça, em detrimento da igualdade. No mesmo sentido, o veto presidencial, consagrado no art. 66, parágrafo 1.º, e art. 84, inciso V, como forma de controle preventivo da constitucionalidade das leis, leva a que se impeça a eventual ausência de razoabilidade das leis emanadas do Congresso. De igual forma, a obrigatoriedade

– ainda que com todas as críticas que, no plano da efetividade, tem confrontado – de que as medidas provisórias facultadas ao Executivo nos arts. 62 e 84, inciso XXVI, da Constituição Federal sejam submetidas de imediato ao Congresso Nacional não pode ser outra coisa que decorrência da aplicação do caráter substancial do devido processo legal.

O devido processo legal na consagração do princípio da legalidade dos atos administrativos, art. 37 da Constituição Federal, constitui verdadeiro limite para a arbitrariedade no campo da Administração Pública. Deve o Presidente da República atender ao princípio nos casos de expedição de decretos e regulamentos para a fiel execução das leis, como previsto no art. 84, inciso IV.

Deve também o órgão judiciário, ao elaborar seu regimento interno, atender “as normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”, conforme reza o art. 96, inciso I, *a*, em claro desprendimento da garantia do devido processo legal.

Destarte, a Constituição de 1988 assume materialmente o postulado que se reverte em uma série de outros princípios, como as garantias do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5.º, inciso XXXV, da CF), a ausência de crime sem lei anterior que a defina e a proscrição de penas sem prévia cominação legal (art. 5.º, inciso XXXIX, da CF), a irretroatividade da lei penal (art. 5.º, inciso XL, da CF), a prescrição de punição legal nos casos de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5.º, inciso XLI), a proibição da prática do racismo (art. 5.º, inciso XLII, CF), os princípios de anualidade, legalidade e úni-

ca incidência (art. 150, inciso I, III, *a*, *b* da CF).

Na sua dimensão adjetiva ou processual, a garantia se desdobra em princípios que instrumentalizam a posta em prática do postulado maior. Dentre eles, o acesso à jurisdição (art. 5.º, incisos XXXV e LXXV), o juiz natural (art. 5.º, incisos LIII e XXXVII), o contraditório (art. 5.º, inciso LV), o direito à prova lícitamente produzida ou obtida (art. 5.º, inciso LVI), a publicidade dos atos processuais (art. 5.º, inciso LV).

Por essas razões, o exercício da tarefa de julgar, seja típico ou atípico, encontra limitações nas garantias mencionadas e amplamente consagradas na Constituição. Assim, o órgão legislativo, ao julgar seus membros, nos casos de perda de mandato, tal e como prescrito no art. 55 da Constituição Federal, deverá atender essas garantias. Igualmente a Câmara dos Deputados, ao autorizar a instauração de processo contra o Presidente, Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado, conforme a faculdade conferida no art. 51, inciso I, observará estas garantias. O Senado Federal, no exercício das tarefas de julgamento atribuídas privativamente no art. 52, incisos I e II, também deverá honrar tais garantias.

O órgão executivo, no exercício do poder de polícia e nos processos administrativos, bem como atendendo seu dever de destinar recursos humanos para as tarefas de assistência judiciária, expressa sua vinculação à adjetividade do princípio do devido processo legal. Nos casos de crime de responsabilidade, tem direito o Presidente a todas as garantias do processo no procedimento estipulado no art. 86 da Constituição Federal, assim como todos os julgamentos do Legislativo e Judiciário sobre membros do órgão executivo dos

Estados e Municípios devem caracterizar-se pela observância de tais normas.

Contudo, é no órgão judiciário, composto de juízes e tribunais, onde devemos trabalhar com maior ênfase o exercício dessas garantias adjetivas do devido processo legal. É ali onde o Estado assume sua tarefa julgadora e onde a garantia deve encontrar pleno eco. O Judiciário deve dizer o direito interpretando as garantias e aplicando-as ao caso concreto.

Mas também é mister que nos julgamentos dos próprios membros do Judiciário, como nos casos estipulados nos arts. 96, inciso III, 102, inciso I, *b*, 105, inciso I, *a*, e 108, inciso I, *a*, para os juízes estaduais, do Distrito Federal e Territórios, Ministros do Supremo Tribunal Federal e desembargadores do Superior Tribunal de Justiça e membros dos Tribunais Regionais Federais, respectivamente, seja feita homenagem às garantias adjetivas do devido processo legal. Ainda em casos de remoção, disponibilidade e aposentadoria de magistrados é impossível que não sejam atendidas essas garantias adjetivas, expressamente a de “ampla defesa”, tal e como prescreve a norma do art. 93, inciso VIII, da Constituição Federal.

Enfim, conclui-se que a Constituição Federal de 1988 é extensa na enumeração de situações decorrentes dos caracteres material e processual da cláusula do devido processo legal. Evidencia-se um belo trabalho de consagração de normas que reclamam sua efetividade de forma urgente para atender às exigências do Estado Democrático de Direito

O enfoque interpretativo, nas condições mencionadas, é próprio das formas democráticas de Estado. A interpretação por esta vertente teve origem na modificação das relações de poder e, por lógica, nas modificações da expectativa dos co-associados

com relação à efetividade das normas jurídicas constitucionais e os postulados de igualdade e Justiça, fortemente atingidos em outros modelos vivenciados pelos brasileiros.

Uma outra postura do intérprete será uma tentativa de escamotear a finalidade última dos valores jurídicos constitucionais de respeito aos direitos e liberdades fundamentais e à solução dos conflitos sociais sobre bases de Justiça e igualdade.

Note-se, finalmente, que as garantias constitucionais do processo, carregadas de valoração altíssima, têm respaldo no sistema por força do estabelecido no art. 60, parágrafo 4.º, visto que constituem verdadeiras “cláusulas pétreas”.

No entanto, algo ainda merece ser explicado. É que, colocada a possibilidade de desigualar, existindo traços desigualadores e correlação lógica entre estes e a desigualdade de tratamento, caberia perguntar: quais seriam esses traços no campo processual, aplicáveis sem ferir as garantias processuais?

Pois bem, com relação ao ponto, há que se lembrar que, quando da análise do teste de razoabilidade, observamos várias formas de quebrar o princípio. Isso significa que a vulneração do devido processo legal na sua substantividade, tendo em vista o postulado da igualdade, pode realizar-se, no mínimo, de duas formas: primeiro, quando a classificação inclui no tipo legal menos do que deveria ter incluído, deixando de lado a quem deveria estar acobertado pela norma; no segundo caso, quando a lei é por demais abrangente, referindo-se a situações que merecem tratamento singularizado.⁵⁷

Algumas questões práticas podem ajudar a decifrar melhor a incidência do princípio. Sabemos, por exemplo, que, do ponto de vista material, pesa muito ainda

a mediatização de fatores, como o econômico, no nascimento e no fluir do processo. A igualdade de oportunidades para aceder à Justiça é um problema permanente das sociedades. Além do que, já instaurado o processo, a disparidade econômica pode ser fonte de graves injustiças.

Em atenção ao princípio da igualdade, as possibilidades de atuação deste princípio, nos casos de disparidade econômica, são levadas em conta pela Constituição. Assim, nasce a Defensoria Pública, instituída no art. 134 da Carta Fundamental, para a “orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados”, desenvolvendo o mandato constitucional da “assistência jurídica, integral e gratuita, aos que comprovarem insuficiência de recursos”, consagrada no art. 5.º inciso LXXIV, da Carta.

É bom comentar que a Constituição ampliou o conteúdo da assistência. A expressão “integral” englobou também a orientação jurídica, o que significa que, independentemente da existência de processo, funciona a assistência como consultora da cidadania.⁵⁸

Destarte, o Estado presta consultoria, assessoria, propõe ações em favor dos necessitados e os defende.

Em resumo, as figuras da assistência Judiciária e a gratuidade se colocam como meio para que a realidade desigual não caracterize o acesso à Justiça, de forma que a materialização da lei não seja certeza para uns e utópico sonho para outros. Na idéia de Perelman, a Constituição assume aqui um critério de Justiça proporcional que atende o conceito de *a cada qual segundo suas necessidades*. O constituinte, também, considerou assim um dos princípios de Justiça enunciados sob a óptica de John Rawls: “as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo

que sejam ao mesmo tempo consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável”.

De outro lado, a regra da igualdade impõe sempre a paridade de armas no processo, e isso significa “equivalência”, ou seja, valoração igual das partes quanto a prazos, oportunidades, condições de agir, em contraposição ao “igualitarismo” próprio da ausência de valoração quanto às condições de cada extremo processual.

O direito positivo brasileiro recolhe em não poucas oportunidades esse critério. Por exemplo: nos casos do réu incapaz ou do revel citado por edital, a lei contempla a assistência, com o objetivo de atingir-se a igualdade real entre as partes; no processo penal, o princípio da igualdade substancial se ratifica na figura processual do *favor rei*, no qual o interesse do acusado goza de prevalecte proteção com contraste com o poder punitivo.

Aliás, na esfera penal temos uma grande variedade de formas processuais que consagram esse interesse, como a absolvição por insuficiência de provas, art. 386, inciso VI; os recursos privativos de defesa, arts. 607 e 609, parágrafo único; a revisão criminal somente em favor do réu, arts. 623 e 626, parágrafo único, todos do Estatuto Processual Penal.

Na esfera civil, discussão árdua tem ocasionado as prerrogativas da Fazenda e do Ministério Público, especialmente a respeito da dilatação do prazo concedido pelo legislador no art. 188 do Código de Processo Civil.

Neste caso, as partes aparentemente não litigam em igualdade de condições. Tem-se justificado o prazo, na medida necessária ao estabelecimento da verdadeira isonomia, dando-se tratamento desigual aos desiguais. À Fazenda, em virtude da complexidade dos serviços estatais e da neces-

sidade das formalidades burocráticas. Ao Ministério Público, pela dificuldade que pode ter para recolher informações e provas.⁵⁹

Sérgio Ferraz, em posição que privilegia a tese da proporcionalidade de situações, manifesta que “não há inconstitucionalidade na dilatação do prazo, e sim em sua enormidade”.⁶⁰

Em sentido contrário, José Augusto Delgado opina: “A justificação até então apresentada, 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 da 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”.⁶¹

De fato, o Supremo Tribunal Federal considera que o benefício do prazo recursal em dobro, outorgado às pessoas estatais, traduz uma prerrogativa processual ditada pela necessidade objetiva de preservar o próprio interesse público que não ofende o postulado da igualdade entre as partes. Assim, a norma do art. 188 do Código de Processo Civil constitui *lex generalis*, que se aplica, ainda, ao procedimento do recurso extraordinário, disciplinado pela Lei 8.038/90 (STF –1.ª T. –RE 181.138/SP – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 12.05.1995, p. 13.019).

No caso do Ministério Público, o Supremo Tribunal Federal considerou que, tendo

em vista a natureza do órgão, que incumbe o desempenho imparcial da atividade fiscalizadora pertinente à correta aplicação do direito objetivo, é possível que o Regimento Interno dos Tribunais confira a prerrogativa do prazo ilimitado nas sustentações orais (STF-Pleno – ADIn-Medida Cautelar 758/RJ – Rel. Min. Celso de Mello – *Diário da Justiça*, Seção I, 08.04.1994, p. 7.240).

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal aplica a Justiça em seu sentido proporcional, atendendo à natureza dos órgãos e a posição que ocupam no cenário da organização do Estado brasileiro, sua funcionalidade e necessidade.

Destarte, é compreensível a discriminação quanto ao prazo, visto que, quando a Fazenda age dentro de um processo, seja autor ou réu, ou ainda em forma indireta, o resultado da lide envolve um interesse de toda a coletividade. Tenha-se em conta que, com qualquer decisão, favorável ou não aos seus interesses, haver-se-á atingido o interesse social. A Fazenda assume posição evidentemente diferente ao particular que é sua contraparte processual.

Voltando à Defensoria Pública, um outro caso de dilatação de prazo que chama a atenção é o concedido pelo art. 5.º da Lei de Assistência Judiciária, n. 1.050/50, em dobro para praticar atos processuais e, ainda, a prerrogativa de ser intimado pessoalmente de todos os atos processuais ao defensor. Neste caso, o suporte privilegian-te consiste em que o legislador procura equiparar o mais possível às partes, especialmente pela falta de recursos que pode conduzir a que se veja prejudicada a obtenção de provas em contrapartida a um adversário muitas vezes economicamente poderoso (STJ – 3.ª T. – REsp. 24.196-4-SP – Rel. Min. Waldemar Zveiter, *Diário da Justiça*, Seção I, 30.11.1992, p. 22.611).

A efetividade das normas constitucionais de acesso ao Judiciário requer que se amplie o rol dos atendidos pela Justiça. E para isso, há que se buscar fórmulas com as quais, partindo da isonomia material, se reformule a Constituição, discriminando no plano positivo o que já está discriminado pela realidade, no sentido de igualar o homem comum do povo a aquele que tem a oportunidade de aceder ao Judiciário.

Outros critérios de Justiça aparecem em casos como o da prisão especial. Sobre o ponto, a proporcionalidade, no sentido outorgado por Perelman, se reflete sob a idéia de “a cada qual segundo sua posição e a cada qual segundo o que a lei lhe atribui”. Nesse sentido, a decisão do E. STJ: “A prisão especial não é uma regalia atentatória ao princípio da isonomia jurídica, mas consubstancia providência que tem por objetivo resguardar a integridade física do preso que ocupa funções de natureza pública, afastando-o da promiscuidade com outros detentos comuns. Os policiais civis, cujas funções correspondem àquelas exercidas pelos antigos guardas-civis, têm direito à prisão especial, *ex vi* do art. 295, XI, do Código de Processo Penal” (STJ – 6.ª T – HC 3.848 – Rel. Min. Vicente Leal, *Diário da Justiça*, Seção I, 04.11.1996, p. 42.524).

7. Bibliografia

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio de igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

- BOUDON, Raimond e BOURRICAD, François. *Dicionário Crítico de Sociologia*. São Paulo: Ática, 1993.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O direito à defesa na Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CALMON DE PASSOS, J. J. Democracia, participação e processo. *Participação e processo*. Coord. Ada Pellegrini Grinover e outros. São Paulo: RT, 1988.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- . *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. *As garantias do cidadão na Justiça*. Coord. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993.
- DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. 6. ed. Barcelona: Ariel, 1988.
- FERRAZ, Sérgio. Privilégios processuais da Fazenda Pública e princípio da isonomia. *RDP* 53-4; 42-3, São Paulo: RT, jan.-jun. 1980.
- FIX SAMUDIO, Hector, BOVVEN, Dudley e outros. *Constitución y democracia en el nuevo mundo*. Universidad Externado de Colombia. Santafé de Bogotá, 1988.
- GARCIA, Enrique Alonso. *La interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1982.
- MARX, Karl. *Manuscritos econômicos e filosóficos*. Lisboa: Editorial Estampa, 1975.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra, 1985. t. I.
- MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*. Bogotá: Editora Sur América, 1988.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à Justiça*. São Paulo: RT.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Universidade de Coimbra, 1987.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. *As garantias do cidadão na Justiça*. Coord. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SABINE, George. *Historia de la teoria política*. Fondo de Cultura Económica. México, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- THEODORO JR., Humberto. *O processo civil e a garantia constitucional do devido processo legal*. Livros de Estudos Jurídicos. Porto Alegre: Instituto de Estudos Jurídicos, n. 3, p. 171.
- TRIBUNA DO DIREITO. Ano 4, número 44, Editora Jurídica, dez. 1996.
- VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del proceso civile*. Milão: Giuffrè, 1973.
- WEBER, Max. *Política y ciencia*. Barcelona: Ariel, 1986.

NOTAS

1. RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*, p. 3.

2. Ibidem, p. 5.
3. PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*, p. 5.
4. Manifesta Perelman: “E se nos dissermos que faz milhares de anos que todos os antagonistas, nos conflitos públicos e privados, nas guerras, nas revoluções, nos processos, nas brigas de interesses, declaram sempre e se empenham em provar que a justiça está do seu lado, que se invoca a justiça todas as vezes que se recorre a um árbitro, perceberemos imediatamente a incrível multiplicidade dos sentidos que se atribuem a essa noção, e a confusão extraordinária que é provocada por seu uso” (ibidem, p. 8-9).
5. Ibidem, p. 9-14.
6. RAWLS, John. Ibidem, p. 64.
7. Op. cit. p. 26.
8. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*, p. 86 e subs.
9. NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à Justiça*, p. 24.
10. Ibidem, p. 25.
11. *La interpretación de la Constitución*, p. 207 e subs.
12. Sentença de 10.11.1981. Pon: Magistraldo Francisco Rubio Llorente. Apud GARCIA, Enrique Alonso, op. cit. p. 209.
13. MARX, Karl. *Manuscritos econômicos e filosóficos*, p. 13.
14. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed., p. 15.
15. Com relação à distinção entre estes diferentes grupos de homens, temos adotado a terminologia de Karl Loewenstein, que se refere a “detentores” e “destinatários” do Poder Político. Consulte-se sua *Teoría de la Constitución*. Outros autores se referem a “governantes” e “governados”, entre eles Maurice Duverger em *Instituciones políticas y derecho constitucional*. No Brasil, Celso Ribeiro Bastos assume também a terminologia de Loewenstein em seu *Curso de direito constitucional*, 14. ed., p. 12.
16. Nesse sentido, sustentando a necessidade de tais elementos para a visão de conjunto, consulte-se o *Diccionario Crítico de Sociología* de R. Boudam e R. Broucard. Verbete: *Estado*, p. 205 e subs.
17. Sobre a conceitualização do regime político, José Afonso da Silva expressa como

este termo não tem tratamento uniforme na doutrina. Após citar autores de reconhecida envergadura, opta por aceitar as considerações de um grupo de professores da Universidade de Barcelona, no sentido de que o “regime é um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram determinada concepção do Estado e da sociedade, e que inspiram seu ordenamento jurídico”. Veja-se a obra do ilustre tratadista da Universidade de São Paulo, *Curso de direito constitucional positivo*, 10. ed. rev., p. 123 e subs.

18. Ibidem, p. 113.

19. Referindo-se a esta gama de opiniões e propostas, Jorge Reis Novais salienta que o conceito de Estado de Direito, de cuja fonte o de Estado Democrático de Direito é decorrência, “surge-nos como um conceito marcadamente polissêmico, moldando-se aos contornos que lhe advêm da aplicação a realidades substancialmente diferentes e recolhendo as contribuições e diferenças de perspectivas dos autores que mais profundamente o analisaram” (op. cit., p. 12).

20. Ibidem, p. 39.

21. Novais oferece uma brilhante exposição sobre como este sistema de exercício do poder, amparado na supremacia legal e disposto desta forma, se generalizou como projeto universal burguês e com as particularidades próprias de que cada nação recebeu denominações variadas: na França e Estados Unidos, de *Estado Constitucional*, em Inglaterra, de *Rule of law*, na Alemanha, de *Rechtsstat*, o de *government under law* em alguns Estados americanos (op. cit., p. 38-39).

22. Com razão, Carlos Roberto de Siqueira Castro comenta que a teoria da separação dos poderes “não é teoria jurídica em essência, mas política, que passou a erigir-se em dogma jurídico pelos regimes constitucionalistas e anti-absolutistas, sem que atende-se todas as exigências jurídicas de sujeição a uma estrita ordem legal” (*O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 233).

23. Como diz Goerge Sabine: “Esta idea era, desde luego, una de las más antiguas de la teoría política. La idea de la forma mixta de gobierno era tan vieja como Las leyes de Platão...En Inglaterra las controversias entre la corona y los tribunales del common law y entre la corona y

el parlamento habian dado importancia concreta a la separación de poderes”. Sabine, desta forma, constata que “Probablemente no es cierto que Montesquieu creyera posible imitar en Francia el gobierno inglés, pero ciertamente el famoso libro XI del Espíritu de las Leyes, en el que atribuía la libertad de que gozaba Inglaterra a la separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial y a la existencia de frenos y contrapesos entre esos poderes, estableció esas doctrinas como dogmas del constitucionalismo liberal”. Consulte-se sua obra, *Historia de la teoría política*.

24. WEBER, Max. *Política y ciencia*, p. 5 e subs.

25. Considerava Montesquieu: “Llamo facultad de estatuir regras el derecho de ordenar por si mismo o de corregir aquello que fué ordenado por otro. Llamo facultad de impedir el derecho de tornar nula una resolución tomada por cualquier otro”. Consulte-se: *El espíritu de las leyes*. Libro XI, Capítulo VI.

26. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed., p. 121.

27. Loewenstein expressa que entre os elementos fundamentais do Estado, a saber, a decisão política fundamental, a tarefa de execução das decisões e controle político, é neste último onde “reside el fundamento de la democracia” (op. cit. p. 63).

28. Nos Estados Unidos, a teoria dos “freios e contrapesos” é atribuída a Salisbury e Cushman e foi acolhida de forma jurídico-positiva na Constituição do Estado de Virgínia, em 1776. Hamilton, Madison e Jay no “Federalist” davam, entretanto, corpo geral doutrinário ao que seria posteriormente a tradição constitucional norte-americana, baseada no “ativismo” do Judiciário. Acerca da introdução da teoria dos “freios e contrapesos” no constitucionalismo norte-americano e em geral de todas as Constituições de América Latina recomendamos a leitura dos textos: *La Constitución de los Estados Unidos, doscientos años de Interpretación y Aplicación*, de Dudley H. Bovven e *Algunos Aspectos de la influencia de la Constitución de los Estados Unidos en la protección de los derechos humanos en América Latina*, de Hector Fix-Zamudio. Ambos textos aparecem na coletânea *Constitu-*

ción y democracia en América Latina, p. 119-130 e 131-168, respectivamente.

29. Novais, op. cit. p. 87.

30. Ibidem, p. 88.

31. Vicente Greco Filho comenta como o processo romano, que alcançou alto grau de evolução, em suas três fases (das ações da lei, o período formulário e o da *cognitio extra ordinem*), foi aprimorando a aplicação do direito, mas em nenhum momento o mecanismo judicial se estruturou no sentido de garantir a pessoa contra a vontade do imperador. (*Tutela constitucional das liberdades*, p. 26).

32. As técnicas limitativas do poder, como veremos mais adiante, precisam para configurar um Estado de Direito que o conjunto dos indivíduos obtenha um reconhecimento por si mesmo como pessoa, questão desconhecida numa sociedade escravista. Assim é o magistério de Reis Novais, op. cit.

33. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. p. 75.

34. Novais, op. cit. p. 24 e subs.

35. Advertimos que esta posição de ser a Carta Magna o “antecedente” das posteriores declarações de direitos não é pacífica. Para alguns tratadistas não passou de outra carta de franquia, das tantas que existiam na Europa do Medievo na qual se plasmava um acordo entre o rei e a nobreza. Veja-se a posição de Novais, op. cit. p. 46.

36. GRECO FILHO, Vicente. Op. cit. p. 9.

37. Referendo-se a este novo caráter, elucida Humberto Theodoro Júnior: “As próprias regras do direito material a serem aplicadas deveriam ser razoáveis, não arbitrárias, nem caprichosas, cabendo aos magistrados e legisladores a adoção de meios que tivessem um real e substancial nexo com o objetivo que se tenciona atingir segundo o atestado da Suprema Corte, transmitido pela lição de Oliver Holmes” (*O processo civil e a garantia constitucional do devido processo legal*, n. 3, p. 171). No mesmo sentido, Carlos Roberto de Siqueira Castro comenta: “o direito norte-americano foi o herdeiro dessa garantia constitucional, tendo tido o mérito de embalá-la, criá-la e fazê-la florescer com inextinguível criatividade” (op. cit. p. 28-29).

38. Rezam a 5.^a e a 14.^a Emendas aprovadas pelo Congresso norte-americano:

5.^a: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation”.

14.^a: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State where in they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

39. A esse respeito Nelson Nery Junior faz resumo didático na sua obra *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 2. ed., p. 28-29. Também Carlos R. S. Castro, op. cit. p. 11 e subs.

40. Sobre a ampliação de espaços de vigor do devido processo legal, Carlos R. S. Castro, ob. cit. p. 35 e subs.

41. “Tudo porque a legislação restritiva de direitos fundamentais é por si só suspeita exigindo um meticoloso exame judicial (*strit scrutiny*) ante a possibilidade, sempre presente, de eventuais e indesejáveis excessos” (Castro, op. cit. p.70-71).

42. Enrique Alonso Garcia, op. cit. p. 200.

43. “O processo, como diz Couture, é por si mesmo instrumento de tutela do direito, que se realiza através das previsões constitucionais. A Constituição pressupõe a existência do processo, como garantia da pessoa humana. Ao ver o processo como garantia constitucional, fundamenta que as constituições do século XX com poucas ressalvas reconhecem a necessidade de proclamação programática de princípio do direito processual como necessário, no conjunto dos direitos da pessoa humana e as garantias respectivas.” Consulte-se a obra *Processo constitucional*, p. 125.

44. Veja-se, por exemplo, as diferentes consagrações do devido processo legal no constitucionalismo latino-americano na obra, *Todas las Constituciones Latinoamericanas* subsidiado pela Presidência da República de Colombia sob a coordenação de Fabio Lozano Simonelli.

45. Neste sentido, Vincenzo Vigoriti, *Garanzie costituzionali del processo civile*, p. 30.

46. Humberto Theodoro Júnior, com apoio em Fritz Bauer, comenta: “O direito ao devido processo legal compreende, além da proteção judiciária (direito ao processo), o direito à completa proteção judiciária, ou seja, a uma adequada proteção processual sempre que necessitar ser ouvido em juízo. Essa garantia corresponde a um direito fundamental em matéria de processo. Isto se justifica, segundo o professor alemão, por outros princípios básicos também enunciados expressamente pela Carta da República Federal da Alemanha... a) o princípio do Estado de Direito; b) o princípio da dignidade da pessoa; c) o princípio do melhor esclarecimento da causa” (op. cit. p. 177).

47. Este forma de analisar o assunto, desprendida de todo elemento “alheio” ao sistema, parece-nos mais uma deturpação do pensamento de Kelsen, antes que uma seqüência de seus ensinamentos. Ainda não encontramos no autor uma negação da possibilidade do estudo da norma do ângulo da sua efetividade. Um outro sentido faz o interesse do jurista de “garantir um conhecimento dirigido ao sistema jurídico” expressado na sua *Teoria pura do direito*, p. 17.

48. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O direito constitucional à jurisdição. As garantias do cidadão na justiça*, p. 38.

49. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 247.

50. CALMON DE PASSOS J. J. Democracia, participação e processo. *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover e outros, p. 86.

51. Carlos R. de S. Castro, op. cit. p. 11.

52. Greco Filho, op. cit. p. 9.

53. Nesse sentido, Carlos R. de S. Castro relata a origem desta tradição, que parece ser o caso *Griswold v. Connecticut*, julgado em 1965 pelo Juiz Douglas (op. cit. p. 73).

54. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 23 e subs.

55. Siqueira Castro menciona a doutrina do *compelling state interest*, que traduz como “Teoria do interesse público imperioso” para assinalar a faculdade dos juízes norte-americanos para, não atendendo a norma o interesse público, seja barrada do sistema (op. cit. p. 156).

56. Idem, p. 157.

57. Ibidem, p. 164.

58. Esta é a opinião de Nelson Nery Junior, quem manifesta: “Diferentemente da assistência judiciária prevista na Constituição anterior, a

assistência jurídica tem conceito mais abrangente e abarca a consultoria e atividade jurídica extrajudicial em geral” (op. cit. p. 89).

59. Apresentando esta justificação favorável ao prazo concedido, pronuncia-se Edgard Silveira Bueno com apoio em San Tiago Dantas, Ada Pellegrini Grinover e Sérgio Ferraz, em *O direito à defesa na Constituição*, p. 21.

60. FERRAZ, Sérgio. Privilégios processuais da Fazenda Pública e princípio da isonomia. *RDP*, São Paulo: RT, 53-4: 42-43 jan.-jun. 1980

61. DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. *As garantias do cidadão na Justiça*, p. 74.