

Processo e Constituição: O Devido Processo Legal*

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

Professor Titular da Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Minas Gerais.
Livre Docente e Doutor.

SUMARIO: I. PROCESSO E CONSTITUIÇÃO —

1. Direito Constitucional e Direito Processual; 2. Direito Constitucional Processual. Processo Constitucional; 3. Jurisdição Constitucional; 4. A Proteção dos Direitos Fundamentais pelas Jurisdições Constitucionais. II. OS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL — 1. O «Due Process of Law» no sistema «Common Law»; 2. O «Due Process of Law» no Sistema do Direito Codificado; 3. O «Due Process of Law» no Sistema Jurídico Brasileiro.

I. PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

O processo tem passado por transformações marcantes que o afastaram do formalismo da velha praxe, para o reforço de sua posição como garantia constitucional.

Os estudos dos institutos do processo não podem ignorar seu íntimo relacionamento com a Constituição, principalmente tendo em vista os instrumentos indispensáveis à garantia e modalidades de defesa dos direitos fundamentais do homem.¹

* Conferência pronunciada por ocasião da abertura do «Curso de Extensão Universitária» — «Processo Constitucional» —, promovido pelo Instituto «Pimenta Bueno» de Direito Constitucional, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — USP, em 13 de março de 1982.

1. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Diritto Costituzionale e Processo Civile*, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1952, I, pp. 328 e 329.

As indagações constitucionais acerca do processo civil constituem uma das características das mais importantes no desenvolvimento da ciência processual.

A supremacia da Constituição sobre a lei processual leva-nos à conclusão de que a tutela do processo realiza-se por meio do império das previsões constitucionais. De acordo com este entendimento, acentua Couture que:

- a) a Constituição pressupõe a existência de um processo como garantia da pessoa humana;
- b) a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico destes preceitos, deve instituir outro processo;
- c) a lei não pode instituir formas que tornem ilusória a concepção de processo consagrada na Constituição;
- d) se a lei institui forma processual que prive o indivíduo de razoável oportunidade para fazer valer seu direito, será inconstitucional;
- e) nestas condições devem existir meios de impugnação para que seja efetivo o controle da constitucionalidade das leis.²

As Constituições do século XX, com raras exceções, reconhecem a necessidade de proclamação programática dos princípios do direito processual, no conjunto dos direitos da pessoa humana e as garantias que lhe são necessárias. O entendimento do processo como garantia dos direitos individuais, antecipa a compreensão do prisma constitucional do Direito Processual. A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo leva a pontos essenciais como: a tutela constitucional dos fundamentos da organização judiciária e do processo da jurisdição constitucional: **«Entre os princípios fundamentais da organização judiciária enquadram-se as normas constitucionais sobre os órgãos jurisdicionais, sua competência e**

2. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, Depalma, Buenos Aires, 1977, 3a. ed., pp. 148 a 152; *idem*, **Las Garantias Constitucionales del Proceso Civil**, publicado no volume em honra de Alsina e na *Rev. D. J. A.*, t. 43, p. 353.

suas garantias», os princípios fundamentais do processo, no plano constitucional, englobam o direito de ação e de defesa e outros postulados que deste decorrem: o juiz natural, o contraditório, o princípio da iniciativa, os poderes e deveres do juiz e das partes, a assistência judiciária, etc. A jurisdição constitucional, por sua vez, compreende o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração em jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais e processuais (Habeas-corpus, mandado de segurança, ação popular).³

Como primeira fonte normativa do Direito Processual, a Constituição determina a organização dos poderes supremos, consagra os princípios fundamentais de suas instituições, possibilitando-lhes um funcionamento harmonioso. O paralelo entre o processo e o regime constitucional em que o mesmo desenvolve é inevitável. É nesse sentido que a relação entre os institutos processuais e seus pressupostos políticos e constitucionais foi ressaltada por Couture: **«a ação, como figura particular do direito cívico de petição; a exceção, como direito cívico paralelo à ação; o princípio da igualdade das partes, a garantia constitucional do juiz competente, etc.»**.⁴

As linhas fundamentais do Direito Processual são traçadas pelo Direito Constitucional, na acertada conclusão de Ada Pellegrini Grinover: **«... que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. Mas, além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela constituição em muitos de seus aspectos e instintos característicos»**.⁵

3. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**, Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1973, p. 2.

4. ————. **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**, José Bushatsky, Editor, 1973, p. 4.

5. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**, ob. cit., pp. 4 e 5; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, pp. 47 e ss.

As constituições modernas não configuram o processo como um conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, encaram-no como instrumento público de realização da justiça. Este novo entendimento leva-nos a conclusões como: «**Dada a afinidade entre esses dois ramos, já se fala em Direito Constitucional Processual, que trata das normas de processo contidas na Constituição, e em Direito Processual Constitucional, conjunto de preceitos destinados a regular o exercício da jurisdição constitucional** (José Frederico Marques, «Manual», 1, nº 4º). E cada vez mais os juristas se voltam para os estudos constitucionais do processo, examinando-o em suas relações com a Constituição, «**dentro de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático**», mesmo porque, «**à raiz dos princípios que informam a norma processual, sempre se encontra — cumprido ou negado um preceito constitucional**» (Ada Pellegrini Grinover, «Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil», 1975).

É na Constituição, enfim, que o jurista vai encontrar o embasamento e os princípios que informam o Direito Processual Civil, cristalizados sobretudo no chamado «**due processo of law**», segundo o qual o processo exige juiz imparcial, igualdade de oportunidades para as partes e procedimento regular, previsto em lei».⁶

As Constituições reconhecem uma série de garantias objetivas das mais variadas categorias, sendo que ocupam amplo espaço em seus permissivos as garantias especiais de justiça: garantias processuais, direito ao juízo legal e a prestar declaração, nenhuma pena sem lei, proibição de castigo múltiplo. A ordenação e classificação dogmática dessas garantias objetivas é difícil, desde que surgem historicamente de contextos muito distintos e aceitam matérias heterogêneas. Em decorrência destas circunstâncias, são bem amplas as interpretações que têm sido dadas ao conteúdo destes direitos.

6. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Manual Elementar de Direito Processual Civil de Lopes da Costa**, edição atualizada, Forense, Rio de Janeiro, 1982, 3a. ed., p. 48.

A expressão: **os direitos e as liberdades constitucionalmente protegidos**, para a doutrina mais recente, não deve ater-se apenas ao que está inscrito nos textos constitucionais, no instante em que o «**juiz constitucional**» lhes assegura proteção. Aceita-se que os direitos fundamentais são protegidos pelas jurisdições constitucionais, que têm um estatuto constitucional, mas devem gozar de poderes supralegislativos.

A determinação do objeto da proteção supõe a noção dos direitos fundamentais que levam ao confronto entre as listas enumerativas desses direitos. Esta confrontação de listas e enumerações tem grande interesse. Porém não basta salientar a importância destas listagens, mas o conhecimento dos processos e técnicas de proteção dos direitos e liberdades constitucionais asseguradas pelas diversas jurisdições.

A situação processual concernente à proteção dos direitos fundamentais em Constituição como a da Alemanha Ocidental é caracterizada pela «**onipresença**» destes direitos perante toda a jurisdição. É uma das competências mais importantes da jurisprudência desenvolvida sob o regime da Lei de Bonn. A interpretação das leis ordinárias, por qualquer Tribunal, é marcada pela norma constitucional.

O exame da jurisprudência constitucional, no que toca aos direitos fundamentais e ao livre desenvolvimento da personalidade, aponta a importância das garantias constitucionais. Convém lembrar, aqui, uma decisão da Corte Constitucional da Alemanha que remonta ao ano de 1977, que tem como ponto principal a exigência do respeito à dignidade humana. Tratava-se de saber se a execução de uma pena privativa da liberdade à vida, de conformidade com as disposições da lei sobre execuções penais, conduziria necessariamente a lesões físicas e psíquicas de caráter irreparável que violam a dignidade humana.

Estudos de Direito Constitucional Comparado e do Direito Processual revelam a importância que vem sendo dada ao binômio: Constituição e Processo. O exame de textos como o da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no que diz respeito às garantias constitucionais processuais é de grande relevo. Revelando a repercussão que estas garantias têm no

processo, a jurisprudência alemã estimou que a resposta a certas questões viola o artigo 1º da Lei Fundamental, desde que esta obrigação leva à esfera correspondente à vida íntima das pessoas interrogadas: A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

Também o artigo 104 da Lei Fundamental de Bonn, que trata das **«garantias jurídicas, no caso de privação de liberdade»**, merece destaque:

1. **«A liberdade do indivíduo só pode ser limitada com base numa lei formal e desde que se respeitam as formas prescritas na mesma. As pessoas detidas não podem ser maltratadas nem física nem mentalmente».**
2. **Cabe apenas ao juiz decidir sobre a admissibilidade e continuação de uma privação da liberdade. Em qualquer caso de privação de liberdade não ordenada pelo juiz, terá de ser obtida, sem demora, uma decisão judicial. Por autoridade própria, a polícia não pode manter ninguém sob custódia para além do fim do dia posterior à detenção. Os pormenores são regulamentados por lei.**
3. **Toda pessoa detida provisoriamente, sob a suspeita de um delito, deve ser levada à presença do juiz o mais tardar no dia seguinte à detenção, devendo o juiz comunicar-lhe as causas da detenção, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de objeções. O juiz deve, sem demora, ou dar uma ordem escrita de prisão, indicando as causas da mesma, ou ordenar a libertação.**
4. **Deve-se informar sem demora um parente do detido ou uma pessoa da sua confiança, sobre qualquer decisão judicial que ordene ou prolongue uma privação de liberdade».**

Mesmo sistemas não jurisdicionais, como Conselho Constitucional francês, têm elaborado, em benefício da tutela dos direitos humanos, algumas delas de grande realce em figuras do

Direito e do Processo Penal. A doutrina desta, dentro da matéria o pronunciamento do Conselho Constitucional contra a lei aprovada pelas Câmaras do Parlamento, sobre a legalização do aborto terapêutico.

A tutela, por parte dos Tribunais ou Cortes Constitucionais, dos direitos fundamentais tem possibilitado o surgimento de instrumentos processuais específicos que dão relevo crescente aos direitos humanos.

Os instrumentos processuais internos, dirigidos à proteção dos direitos humanos, deram grande relevo ao Direito Processual Constitucional, promovendo o grande interesse pelas garantias constitucionais relacionadas com o Processo Penal. Convém citar, aqui, a França, cujo artigo 66 da Constituição vigente, de 4 de outubro de 1958, determina: «**Ninguém poderá ser preso arbitrariamente. A autoridade judicial assegurará o respeito a este princípio, nas condições estabelecidas por lei**».

A este respeito, a Lei nº 70.643, de 17 de julho de 1970, com o fim de reforçar a garantia dos direitos individuais dos cidadãos reformou, com o objetivo de evitar detenções arbitrárias, vários artigos do Código de Processo Penal, que regulam a detenção preventiva, com a introdução de uma série de medidas mais flexíveis, dentro do conceito do «**controle judicial**», limitando a detenção preventiva a situações indispensáveis.

Na exposição de motivos da Lei citada, afirma-se que estes instrumentos são equiparáveis ao «**habeas-corpus**» anglo-americano.

As medidas consagradas pela lei mencionada permitem melhor regulamentação da detenção preventiva no processo penal, sem que ocorra desprezo à proteção da liberdade pessoal garantida constitucionalmente, através da tutela ante os órgãos judiciais, por meio da reclamação em que se exige a responsabilidade civil e criminal da própria detenção. Estabeleceu-se um procedimento específico para os afetados por uma detenção indevida, podendo até reclamar indenização ante uma Comissão Especial, integrada por três magistrados da Corte de Cassação.

A Corte de Cassação deve aplicar os princípios constitucionais que tutelam a liberdade individual, com o objetivo de determinar os casos de detenção arbitrária, estendendo-se esta proteção à inviolabilidade de domicílio.

Muitos dos atuais ordenamentos constitucionais desenvolvem uma paulatina, vigorosa e firme tutela processual dos direitos fundamentais, consagrados constitucionalmente. Tem contemplado variada elaboração teórica da jurisprudência que merece ampla consagração da **«Jurisdição Constitucional da Liberdade»**, repetindo a denominação dada já a um livro clássico da ciência processualística, por Mauro Cappelletti.

Uma Teoria Geral do Processo ou do Direito Processual Constitucional demandaria amplas indagações que iriam além do tema proposto e nos levaria a amplas incursões que ultrapassariam os limites desta palestra. Convém, entretanto, salientar que os diversos ramos processuais conduzem a uma Teoria Geral do Processo ou do Direito Processual, através da formulação de conceitos fundamentais que formam o patrimônio comum destas disciplinas.

Frederico Marques — A Unidade do Processo. O Processo Penal dos Estados Democráticos — Apêndice ao Capítulo I — **«O Juri no Direito Brasileiro»** — **«Na atualidade, raros, senão raríssimos, são aqueles processualistas que negam a existência de uma teoria geral do processo à qual se subordinam tanto o direito processual civil como o direito processual penal».**

Frederico Marques ao examinar a evolução jurídica das garantias constitucionais do processo, salienta: **«Foi no campo da Justiça Penal que primeiro apareceram normas constitucionais destinadas a estabelecer garantias de natureza processual, tendo em vista a pessoa do acusado, — o que foi um dos pontos da pregação do iluminismo, dos enciclopedistas e de Beccaria, contra as iniquidades do procedimento inquisitivo. Conforme escreveu Manduca, o processo penal tornou-se capítulo das Constituições dos povos livres».**

As proclamações de Direito dependem de instrumentos hábeis que as tornem eficazes. A própria palavra garantia é usada como sinônimo de proteção jurídico-política.

As Constitucionalização das garantias processuais demonstram um dos pontos essenciais das Constituições Contemporâneas.

As garantias constitucionais do processo tiveram primeiramente, como objeto, a justiça criminal. João Mendes Jr., em «**O Processo Criminal Brasileiro**», já, em 1911, lecionava «**As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são atualidades das garantias constitucionais**». Assim, na doutrina, fixava-se o princípio do devido processo legal, como garantia constitucional do processo. É, ainda, João Mendes Jr., que explicava: «**ser o processo o meio de segurança constitucional dos direitos**», pelo que deve vir plasmado de forma adequada, para que não ocorra ofensa da garantia constitucional da segurança dos direitos. O devido processo legal surge como a garantia constitucional do processo, como uma espécie de processo natural.

A ligação entre Constituição e Processo, através do exame dos institutos processuais, conduzem, a investigações não apenas na estrita esfera do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico, no dizer de Ada Pellegrini Grinover. Este percurso transformará, no dizer de Liebman, o processo de simples instrumento de justiça, em garantia da liberdade.

Como instrumento de atuação das fórmulas constitucionais, o processo acarreta a transformação de mero direito declarado em direito garantido. O nível constitucional a que são levados muitos dos preceitos processuais possibilita a efetiva defesa das partes e a sustentação de suas razões.

1. Direito Constitucional e Direito Processual

A confluência destes dois ramos da ciência jurídica tem sido objeto de muitas indagações. Este relacionamento não foi suficientemente realçado, especialmente, na época em que predominava o conceito privatista de processo. A mudança de perspectiva ocorreu com o processualismo científico em 1868, com o livro clássico de Oscar Bulow sobre «**La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**», especialmente através do conceito sobre a autonomia da ação.

Acentua-se a publicização do processo em geral e do civil em particular. Culmina com a corrente moderna que considera o **«direito de ação»** como direito subjetivo público, de caráter constitucional, oportunidade em que Carnelluti destacou a transcendência constitucional da ação, como um direito paralelo ao de petição.

As implicações constitucionais das instituições processuais, principalmente do **«direito de ação»** tiveram grande repercussão com o estudo clássico de Piero Calamandrei sobre **«A relatividade do conceito de ação»**, onde destaca as relações das orientações políticas de caráter constitucional e o conceito de ação. Dentro da mesma orientação destaca-se Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, com **«Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción»**.

Ainda sobre a transcendência constitucional das instituições processuais destaca-se **«Las garantías constitucionales del proceso civil»**, de Eduardo J. Couture, onde as categorias constitucionais do processo civil ampliam-se aos diversos ramos processuais.

Esta nova perspectiva do Processo Civil que acentuou sua maior proximidade com o Direito Constitucional, relaciona-se, também, com o conceito de ação e a nova visão da ciência processualista: **«Até o meado do século passado, quando o processo civil era estudado junto com o direito civil e, freqüentemente, nos mesmos livros, pode-se dizer que havia o primado do direito civil, que absorvia em si o direito processual. Este não constituía nem mesmo um ramo do direito, mas apenas o processo, ou procedimento.»**

Nessa fase, não se considerava que a ação fosse um direito distinto daquele direito subjetivo a que ela visava proteger».⁷

Para Héctor Fix-Zamudio apenas recentemente os estudiosos do Direito Constitucional e os cultivadores do processualismo

7. BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil, (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), vol. I, Arts. 1º a 153, Forense, Rio de Janeiro, de 1981, 2a. ed., pp. 24 e ss.**

científico passaram a perceber a estreita vinculação das duas disciplinas, principalmente após a Segunda Grande Guerra Mundial, quando as Constituições passaram a consagrar expressamente os lineamentos das instituições processuais e que os constituintes contemporâneos aperceberam-se da necessidade e da importância da função jurisdicional. A transcendência Constitucional da função jurisdicional, conforme Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, não retira a dúvida sobre a sua localização como instituto do Direito Processual ou do Constitucional. Outras instituições processuais fundamentais que compõem a «trilogia estrutural», como a «ação» e o «processo», examinados dos ângulos constitucional e processual, podem levar a um critério comum que satisfaça aos cultores das duas disciplinas: **En otras palabras, se está despertando la conciencia entre constitucionalistas y procesalistas, sobre la conveniencia de unir sus esfuerzos con el objeto de profundizar las instituciones procesales fundamentales, ya que no debe olvidarse, como ocurrió durante mucho tiempo, que poseen una implicación político-constitucional, y no de carácter exclusivamente técnico, y es en este sentido en que podemos hablar de la relatividad de los conceptos de jurisdicción y de proceso, en el sentido en que podemos hablar de la relatividad de los conceptos de jurisdicción y de proceso, en el sentido en que lo hiciera el inolvidable Calamandrei respecto de la acción».**⁸

2. Direito Constitucional Processual. Processo Constitucional

As relações entre Constituição e Processo têm gerado novas denominações que procuram acentuar as ligações entre estes ramos do direito, daí as denominações, acentuadas em duas perspectivas:

8. FIX-ZAMUDIO, Héctor. El Pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Nova Série, nº 30, set./dez., 1977, p. 318.

- a da eficácia das normas constitucionais através de mecanismos processuais específicos, por meio do Direito Processual Constitucional;
- ou da análise das disposições concernentes ao Processo, sob a denominação de Direito Constitucional Processual.⁹

A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo passa a denominar-se Direito Processual Constitucional: «**Não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual, mas sim de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição.**

O Direito Processual Constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional.

A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência, suas garantias. A tutela constitucional do processo engloba o direito de ação e de defesa e outros postulados que desses decorrem».¹⁰

Outras indagações paralelas ocorrem quando procuramos buscar melhor sistematização entre Processo e Constituição. Questiona-se se este relacionamento pode apoiar-se em uma concepção unitária do Direito Processual, que nos leva a uma Teoria Geral do Processo. A construção de uma Teoria Geral do Direito Processual ou do Processo em sua totalidade, significa chegar a unidade científica, sem forçar a essência dos conceitos. Recorre-se a uma teoria geral que vincule as diversas disciplinas processuais em um ramo geral, que abranja o estudo do direito processual e suas noções sistemáticas.

9. FAVELA, José Ovalle. **Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Nova Série, nº 33, set./dez, 1978, p. 357.**

10. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo, ob. cit., p. 48.**

Estas questões não estão afastadas quando intencionamos uma formulação científica do Direito Processual Constitucional que os juristas apontam como que iniciado por Hans Kelsen, ao considerar a necessidade de sistematizar o estudo dos instrumentos processuais dirigidos à solução das controvérsias decorrentes da aplicação das disposições constitucionais. Ao passo que o Direito Constitucional Processual é ramo do Direito Constitucional que tem o propósito essencial de estudar, de forma sistemática, as instituições processuais reguladas pelas disposições constitucionais, qualificadas como garantias constitucionais de caráter processual.

Entende-se que as relações entre as disciplinas jurídicas do Direito Constitucional e do Direito Processual devem ser estreitas. É dentro desta perspectiva que o Direito Processual Constitucional ocupa-se dos instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais. Como disciplina científica tem como objetivo o estudo dos instrumentos de garantias em sentido estrito. Eles têm adquirido maior importância, em virtude do convencimento de que as normas constitucionais, que tradicionalmente e em sua maior parte careciam de meios eficazes para impor-se a seus destinatários. As categorias constitucionais de caráter processual podem ser assim relacionadas:

- As que têm por objeto a tutela dos direitos da pessoa humana, em sua dimensão individual e social, consagradas no setor qualificado por Mauro Cappelletti de **«jurisdição constitucional da liberdade»**;
- Pelo conjunto de instrumentos processuais dirigidos a lograr o cumprimento efetivo das disposições constitucionais. Estas estabelecem os limites de atribuições dos órgãos de poder, como **«jurisdição constitucional orgânica»**.

Considerado o Direito Constitucional Processual como ramo do Direito Constitucional, é tido como a ciência que se ocupa do

estudo sistemático dos conceitos, categorias e instituições processuais consagradas pelas disposições constitucionais.¹¹

Para Couture a doutrina processual deveria desenvolver o exame das instituições processuais do ponto de vista constitucional, Seguindo Kelsen reconhecia que a Constituição é o fundamento de validade da lei processual. Ainda dentro desta perspectiva examina as principais instituições processuais, como:

- A ação;
- A defesa;
- Os atos processuais e o devido processo legal;
- A sentença e a jurisdição;
- Constituição e Lei Orgânica.

Fix-Zamudio, em estudo sistemático sobre as normas constitucionais e o processo civil, na América Latina, após esclarecer os diversos significados do conceito de «**garantias constitucionais**», propõe uma sistematização em três grandes categorias:

- 1 — As garantias judiciais, concernentes à organização jurisdicional, independente e imparcial, agrupada sob o conceito tradicional de «**juiz natural**»;
- 2 — As garantias relacionadas diretamente com a situação jurídica das partes (direito de ação e de defesa);
- 3 — As garantias referentes às formalidades essenciais do procedimento.¹²

11. FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El Pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal*, ob. cit., pp. 315 e ss.; Idem *El Juicio de Amparo y la Enseñanza del Derecho Procesal*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Estudios de Derecho Procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Nova Série, número 22-23, janeiro/agosto, 1975, pp. 430 e ss.

12. FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974, pp. 31 e ss.

Os estudos referentes ao Direito Constitucional leva-nos a uma denominação que vem ganhando terreno: Processo Constitucional.¹³

Ada Pellegrini Grinover, ao utilizar da expressão, comenta: «Já Mendes Jr. focalizava o processo como garantia dos direitos individuais, antecipando-se na compreensão do prisma constitucional do direito processual. A partir daí, inúmeros estudiosos debruçaram-se sobre o denominado «direito processual constitucional», entendendo-se por esse termo a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo: Kelsen, Calamandrei, Cappelletti, Liebman, Denti, Vigoriti, Comoglio, Alcalá-Zamora, Burgoa, Couture, Buzaid, Marques, são só alguns entre os que se destacaram na análise do processo constitucional».¹⁴

As reflexões em torno do objeto do Processo Constitucional ganham terreno, com investigações acerca de sua natureza (contenciosa ou voluntária) e sobre a eficácia da sentença. Cappelletti nega o caráter contencioso a este processo. Libman constrói, magistralmente, o processo constitucional como jurisdição contenciosa: «Si dice che nel processo costituzionale manchino il giudicato e il suo presupposto, la controversia, in quanto manca quella situazione específica che induce le parti a conflitto circa un interesse.

Il processo costituzionale si muove in astratto non a regolare un diritto, ma ad accertare la legittimità di una legge, ossia la fonte medesima dei diritti. Non accerta un fatto costitutivo non ne realizza gli effetti giuridice comuni alla sentenza del giudice ordinario, ma si limita a verificare la conformità di una norma vigente ad una o più norme costituzionali.

13. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, UFMG, Belo Horizonte, 1981.

14. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*, ob. cit., pp. 1 e 2; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo Civil*, vol. I, Edição Saraiva, 1974, p. 17.

Da qui a concludere che il nostro «processo» s'inquadrerebbe meglio nella «giurisdizione volontaria», il passo è breve, tanto breve che oltre al Cappelletti, indirettamente lo stesso Allorio, e il Carnelutti l'hanno già detto». ¹⁵

Enrique Vescovi ao focalizar os princípios estruturais do Processo Constitucional acrescenta que poderia ser mais compreensiva a denominação Justiça Constitucional, pois pretende referir-se aos caracteres processuais desta jurisdição.

Acrescenta ser uma justiça ou processo que tem por objeto matéria constitucional. O florescimento desta justiça busca encontrar o «processo» ou «processos» que regulam ou defendem diretamente a aplicação efetiva da vigência dos preceitos constitucionais. Esta perspectiva busca nas formas constitucionais, fundamentais ao Estado, um processo especial que garanta a sua efetiva vigência, controlando inclusive o próprio legislador, pelo que os norte-americanos denominam de «judicial review»: «Justamente allí es donde los autores encuentran el origen del proceso constitucional moderno, que se ha extendido, a través de la declaración de inconstitucionalidade de la ley a la mayoría de los países del mundo». ¹⁶

O desenvolvimento dos estudos acerca do Processo Constitucional tem ampliado as pesquisas em torno de pontos fundamentais para o seu conhecimento. Dentre estes, destacam-se aqueles que procuram esclarecer a natureza da «Sentença Constitucional». As decisões dos Tribunais Constitucionais são consideradas, antes de tudo — como «ato processual», decisão de um colegiado de juízes que põe termo a um processo. Ademais é a «atividade dirigida à interpretação e integração criadora do Direito».

15. GIANNOZZI, Giancarlo. *Riflessioni Intorno All'Oggetto D e I Processo Costituzionale*, JUS, Rivista di Science Giuridiche, Nova Série, Ano XIV, julho/dezembro, 1963, Fasc. III-IV, p. 395.

16. VESCOVI, Enrique. *Princípios Estructurales del Proceso Constitucional*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, nº 79, set/dezembro, 1969, p. 438.

Os processualistas estão hoje interessados em esclarecer as suas dimensões. Já os cultivadores da hermenêutica jurídica com Martin Kriele,¹⁷ Friedrich Müller e Wolfgang Fikentscher têm seu melhor estímulo na jurisprudência produzida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão de Karlsruhe.

A dimensão processual da sentença constitucional é explicada, para certos autores, como decorrente da convergência de quatro princípios fundamentais:

- a) **Princípio da congruência:** as sentenças dos Tribunais Constitucionais devem manter e respeitar a mais estrita correspondência entre «**demanda**» e «**pronunciamento**». Isto é, entre o que se solicita e aquilo que se resolve: «**sententia debet esse conformis libello**». É a formulação aforística mais clássica deste princípio. Não vai além do pedido, **ultra petitum**; nem distinto do pedido, **extra petitum**; apóia-se na **causa petendi**, isto é, nos fundamentos nos quais a demanda foi solicitada.
- b) **Princípio da motivação:** é consubstancial à «**teoria da sentença**». Coloca-nos frente ao tema dos vícios de inconstitucionalidade. A questão vai ao fundo do problema da motivação das sentenças constitucionais.
- c) **Princípio da colegialidade;** trata-se da condição orgânica ou colegial da vontade que respalda a sentença.
- d) **Princípio da eficácia:** A sentença deve alcançar a reintegração do ordenamento constitucional ao qual a lei ou o ato inconstitucionais lesaram. Três são os sistemas que constituem resposta a este princípio:

— O sistema americano, pelo qual a eficácia só produz efeito **inter partes**, confiando-se sua extensão à técnica do «**stare decisis**»;

17. KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos Históricos de la Legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, trad. de Eugênio Bulygin.

- o sistema austríaco, puro ou Kelseniano, no qual a sentença, com pretensão de eficácia «**erga omnes**», tem uma entidade «**constitutiva**», desde que ela mesma, em virtude e a partir de seu pronunciamento coloca a inconstitucionalidade no mundo do existente jurídico. Os efeitos só se produzem **ex nunc**, isto é, para o futuro;
- O sistema reformado, variante do anterior adotado, em parte, na Alemanha e Itália, apesar de ter certos preceitos em que se entende a sentença não como «**constitutiva**», mas meramente «**declarativa**» de uma nulidade que existe **ex constitutione**, preexiste à sentença e deve, portanto, causar efeitos **ex tunc**, ou para trás.

Ainda no que diz aos «**efeitos**» da sentença constitucional podem ocorrer:

- efeitos sobre processos em andamento;
- efeitos sobre o processo «**a quo**»;
- efeitos sobre relações esgotadas;
- conciliação com «**coisa julgada**»;
- especificidade desta eficácia no caso de leis penais, processuais, tributárias, etc.¹⁸

18. MORALES, Angel Garrorena. **La Sentencia Constitucional**, *Revista de Derecho Político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, nº 11, outono, 1981, pp. 7 e ss; PALLIERE, Giorgio Balladore. **Effeti e Natura delle Sentenze della Corte Costituzionale**, *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, nº 2, abril/junho, 1965, pp. 161 e ss; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Contenuto ed Efficacia delle Decisioni della Corte Costituzionale**, *Rivista di Diritto Processuale*, nº 4, out./dez., 1957, pp. 507 e ss; MONTESANO, Luigi. **Le Sentenze Costituzionali e L'Individuazione delle Norme**, *Rivista di Diritto Processuale*, nº 1, 1963, pp. 20 e ss; ASCARELLI, Tullio. **Giurisprudenza Costituzionale e Teoria Del l'Interpre-zione**, *Rivista di Diritto Processuale*, nº 3, julho/set, 1957, pp. 351 e ss; SANDULI, Aldo M. **Sulla «Posizione» della Corte Costituzionale nel Sistema Degli Organi Supremi dello Stato**, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 4, out./dez., 1960, pp. 705 e ss.

3. Jurisdição Constitucional

A jurisdição constitucional tem por objeto específico a matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado. Ela atende a uma típica forma processual que compreende o processo que recolhe a matéria constitucional ou tem a mesma por objeto.

Biscaretti de Ruffia examina a jurisdição constitucional debaixo de duas perspectivas:

- a) no sentido objetivo identifica-se com as funções jurisdicionais realizadas para a tutela de direitos e interesses relativos à matéria constitucional; derivam quando a Constituição é rígida de pretensões diretamente fundadas em normas formalmente constitucionais;
- b) em sentido subjetivo torna os órgãos diversos da magistratura ordinária que exerce as mesmas funções, valendo-se de procedimentos diferentes dos judiciais comuns.

Existe a tendência em conceder maiores atribuições às funções jurisdicionais materialmente constitucionais a órgãos diversos dos judiciais ordinários, por motivos de técnica jurídica e oportunidade política.

O publicista italiano reconhece que não é fácil expor o variado conteúdo da jurisdição constitucional em sentido objetivo, devido a ampla indeterminação da matéria constitucional. Entretanto, ressalta que esta tutela se dirige:

- a) contra **atos inconstitucionais** de órgãos do Estado e de seus sujeitos auxiliares;
- b) contra atividades ilícitas de titulares de órgãos constitucionais.¹⁹

19. RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. **Derecho Constitucional**, Editorial Tecnos, S/A, Madrid, 1965, trad. de Pablo Lucas Verdu, pp. 545 e ss.

Mauro Cappelletti aponta algumas questões surgidas na prática e discutidas pela doutrina do Processo Constitucional Italiano, que servem de elucidação para o tema presente:

- a) a natureza da «**justiça**» constitucional;
- b) as características da atividade e dos poderes do juiz constitucional;
- c) as relações estruturais entre o processo ordinário e o processo constitucional;
- d) os efeitos dos pronunciamentos da Corte.

Juristas de grande autoridade, como Calamandrei, contemplam a «**justiça**» constitucional como uma função não jurisdicional, mas consubstancialmente legislativa. Pelo menos, sua natureza não é tida como jurisdicional, legislativa ou administrativa. Dentro dessa orientação, a Corte Constitucional deve ser considerada como um órgão constitucional que se encontra fora e acima da tradicional tripartição dos poderes do Estado. Mesmo assim, encontra mais aceitação a tese que aceita a função exercida pela Corte Constitucional como atividade jurisdicional, critério aceito por Carnelutti.²⁰

Os tratadistas italianos e alemães criaram, no dizer de Héctor Fix-Zamudio, um corpo de doutrina impressionante sobre os contornos da jurisdição constitucional: «... a tal grado que podemos afirmar que se ha conformado una disciplina autónoma de perfiles propios y definidos — pero siempre vinculada a la teoría general del proceso o del derecho procesal —, que se ocupa del estudio de los instrumentos procesales establecidos per las mismas cartas fundamentales para la tutela de sus propias normas, y que ya hemos calificado como «derecho procesal constitucional».²¹

20. CAPPELLETTI, Mauro. *La Justicia Constitucional en Italia*, Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Mexico, Universidad Autónoma de Mexico, Mexico, n° 37, jan./abril, 1960, pp. 41 e ss; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, 1º volume, ob. cit., pp. 64 e ss.

21. FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El Juicio de Amparo y la Enseñanza del Derecho Procesal*, ob. cit., p. 463.

A projeção do Tribunal Constitucional da Alemanha, da Corte Constitucional da Itália ou do Tribunal Constitucional da Espanha, bem como de outros Tribunais ou Cortes tem sido objeto de diversos trabalhos que dão destaque ao sistema austríaco de justiça constitucional, considerado como iniciador da renovação no sistema de proteção aos direitos humanos consagrados constitucionalmente: «... ya que a partir del establecimiento de la Corte Constitucional en la Carta Federal de 10 de octubre de 1920, comenzó a imponerse, especialmente en los países de la Europa Continental, el principio de que las cuestiones constitucionales, y entre ellas, las relativas a la tutela de los derechos fundamentales, deberían someterse a un tribunal especializado en la materia constitucional, y por ello es que se ha calificado a esta categoría del control de la constitucionalidad de los actos de autoridad, como sistema austríaco en contraposición al que surgieron en la Carta Fundamental de los Estados Unidos de 1787, y que se ha denominado «americano».²²

O Tribunal Federal Constitucional (**Bundesverfassungsgericht-BVG**) é considerado como expressão máxima do Estado de Direito. O funcionamento do BVG veio atender as aspirações de uma instância superior capaz de pôr fim ao culto mecânico da letra da lei, ou melhor, o acatamento cego e automático das disposições do Estado. Trata-se da última instância para todos os litígios surgidos em torno da Constituição. A lei do BVG, em sua versão de 3 de fevereiro de 1971, divide a competência do tribunal de Karlsruhe em quinze itens. As suas decisões são inapeláveis e definitivas. Toda decisão tomada pelo BVG tem que ser acatada pelos órgãos legislativos, executivos e judiciais da federação e das entidades federativas. Suas decisões sejam em forma de resolução — **Beschluss** — ou sentença — **Urteile** — têm, imediatamente, vigor jurídico formal, pois não existe nenhuma

22. ————. Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, p. 45; GRANT, J. A. C. El Control Judicial de la Legislación en la Constitución Austria de 1920, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n° 21, setembro/desembro, 1974, pp. 73 e ss., trad. de Alfonso Ortiz, revisão de Héctor Fix-Zamudio.

possibilidade de revogá-las. Em certas circunstâncias, as decisões do BVG têm, automaticamente, (**Gesetzkraft**) ou força de lei. Todo cidadão tem, em princípio, direito de recorrer ao BVG, após terem esgotado os procedimentos jurídicos convencionais, desde que a «**queixa constitucional**» (Verfassungsbeschwerde) é subsidiária e não primária.²³

A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional define-o não só como um Tribunal de determinadas características, mas também como um dos órgãos constitucionais. Este artigo foi inspirado no preceito correspondente da **Bundesverfassungsgerichtsgesetz**. O Tribunal Constitucional é um Tribunal da Federação, autônomo e independente, frente a todos os demais órgãos constitucionais. O duplo caráter de tribunal é órgão constitucional e tem sido reiteradamente posto em relevo pela jurisprudência do Tribunal Constitucional: «... recoge la tesis dominante entre los tratadistas alemanes, italianos y austríacos según la cual los Tribunales Constitucionales de sus respectivos países son simultáneamente órganos constitucionales y tribunales de justicia sui generis, siendo precisamente la articulación o, más bien, la interacción entre ambos términos lo que les otorga su nota, peculiar y distintiva dentro de la estructura institucional del Estado y lo que determina su status dentro del orden constitucional».²⁴

23. SAÑA, Heleno. El Tribunal Constitucional Alemán (Modelo para España?), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 38, maio/agosto, 1980, pp. 471 e ss; MÜLLER, Gebhard. La Cour Constitutionnelle Fédérale de la République Fédérale D'Allemagne, *Revue de la Comisión Internationale de Juristes*, Tomo VII, nº 2, Hiver, 1965, Genova, pp. 211 e ss; BUERSTEDDE, Wilhelm. La Cour Constitutionnelle de la République Fédérale Allemande, *Revue Internationale de Droit Comparé*, nº 1, jan./março, 1957, pp. 56 e ss; HAAK, Volker. Quelques Aspects du Contrôle de la Constitutionnalité des Lois Exercé par la Cour Constitutionnelle de la République Fédérale D'Allemagne, *Revue Internationale de Droit Comparé*, nº 1, jan./março, 1961, pp. 78 e ss; LASSALLE, Claude. Les limites du contrôle de la constitutionnalité des lois en Allemagne occidentale, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger*, Paris, nº 1, jan./março, 1953, pp. 106 e ss.

24. GARCIA-PELAYO, Manuel. El «Status» del Tribunal Constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, vol. 1, número 1, janeiro/abril, 1981, pp. 11 e 12.

Com o novo constitucionalismo europeu que veio após a Segunda Guerra Mundial o conceito de órgão constitucional passa a adquirir grande relevância na doutrina e na **praxis** jurídico-públicas da Alemanha e Itália. A atenção pelo conceito começou através das polêmicas acerca do «**status**» do Tribunal Constitucional da República Federal Alemã. Esta explicação é coerente com a idéia de um Estado constitucional de Direito e com a idéia de que os órgãos fundamentais do Estado não podem ser neutros senão aqueles que recebem diretamente da Constituição seu «**status**» e competências essenciais, através de cujo exercício atualiza-se a ordem jurídico-político fundamental, projetada pela Constituição: **«Una primera característica de los órganos constitucionales consiste en que son establecidas y configurados directamente por la Constitución, con lo que quiere decirse que ésta no se limita a ser simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos e instituciones «constitucionalmente relevantes», sino que determina su composición, los órganos y métodos de designación de sus miembros, su status institucional e su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, reciben ipso iure de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos».**²⁵

A configuração direta, por meio das normas constitucionais, é conseqüência lógico-institucional da importância decisiva que a Constituição concede a certos órgãos. Neles, condensam-se os poderes últimos de decisão do Estado, sendo o vértice da organização estatal. Estes órgãos constitucionais estão diretamente estabelecidos e estruturados pela Constituição.

O Tribunal Constitucional, como órgão jurisdicional, decide sob a forma de sentença, baseada em normas preestabelecidas, seguindo o procedimento contraditório, acerca das pretensões formuladas.

Para Eduardo Garcia de Enterría, o Tribunal Constitucional é o tema central da Constituição espanhola de 1978, ocasião em

25. ————. El «Status» del Tribunal Constitucional, ob. cit., pp. 13 e 14.

que menciona o Tribunal de Garantias Constitucionais da Segunda República, instituição que levanta polêmicas sobre determinados pontos de sua regulamentação concreta. Mas ressalta como a história processual constitucional revela a existência de um «**direito à jurisdição constitucional**», em que o Tribunal de Garantias foi a própria e verdadeira expressão.²⁶

A atual Constituição espanhola prevê no Título IX a instituição de um órgão especial, o Tribunal Constitucional colocado fora da organização tradicional dos poderes, ao qual é confiada a função de garantir o respeito à ordem estabelecida pelas normas constitucionais.²⁷

A análise dos instrumentos e instituições de caráter jurisdicional, asseguradora dos direitos fundamentais, dá grande relevo ao Tribunal Constitucional, como órgão por excelência de garantias. Outros órgãos defendem a Constituição como dever genérico, como consequência necessária ao cumprimento de outras funções. Para o Tribunal Constitucional a defesa da Constituição é a principal razão de ser de sua existência.

4. **A Proteção dos Direitos Fundamentais Pelas Jurisdições Constitucionais**

Com as declarações de direitos humanos no século XVIII, tem início a fase de constitucionalização dos mesmos. Estes direitos convertem-se, ao menos parcialmente, em direitos dos cidadãos e garantias constitucionais.

26. NOSETE, José Almagro. La «Accion Popular» ante el Tribunal de Garantias Constitucionales. Valoracion Critica, Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, núm. 12, Inverno, 1981-1982, pp. 67 e ss.

27. GALEOTTI, Serio e Rossi, Bruno. El Tribunal Constitucional y El Control de Constitucionalidad. El Tribunal Constitucional en la Nueva Constitución Española: Medios de Impugnación y Legitimados para Actuar, Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nº 7, jan./fev., 1979, pp. 119 e ss.

Sistematizar as garantias constitucionais dos direitos fundamentais consagrados, nas constituições, torna-se tema essencial na relação entre Constituição e Processo. A expressão «**garantias constitucionais**» passa a ter grande importância, no momento em que os textos constitucionais procuram ampliar o seu conteúdo. Esta expressão decorre da inserção nos textos constitucionais de princípios, institutos ou situações subjetivas, que após sua incorporação ao texto constitucional passam a ser especialmente asseguradas, isto é, garantidas constitucionalmente. A doutrina alemã emprega-a em relação a outras disposições materiais da Constituição com a denominação de «**garantias institucionais**». As garantias constitucionais são os mecanismos jurídicos que dão segurança ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo.

A proteção dos direitos fundamentais pelas jurisdições constitucionais assinalam um dos aspectos mais importantes, no que se refere à relação entre Constituição e Processo.

Os instrumentos processuais internos de proteção aos direitos humanos, no que diz respeito à tutela dos mesmos por parte dos tribunais ou cortes constitucionais, têm obtido grande relevância. O aperfeiçoamento e precisão das disposições constitucionais, que regulam os direitos fundamentais da pessoa humana, levaram a necessidade de um melhor desenvolvimento de normas processuais que pudessem assegurar, de maneira efetiva, a tutela das garantias consagradas constitucionalmente.²⁸

O crescimento da jurisdição constitucional é um fenômeno marcante nos últimos anos, consagrado em diversos Estados. As experiências da Alemanha, Áustria, Itália, Espanha, Grécia e França constituem, apenas, alguns exemplos. Ao lado das parti-

28. FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Los Instrumentos Procesales Internos de Protección de los Derechos Humanos en los Ordenamientos de Europa Continental y su influencia en otros países**, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, n° 35, maio/agosto, 1979, pp. 337 e ss; idem **Los Tribunales Constitucionales y los derechos humanos**, ob. cit.

cularidades de cada sistema, existem traços comuns que caracterizam a jurisdição constitucional na Europa, bem como as diversidades dos modelos norte e sul americanos.

As experiências alemã, austríaca e italiana começam por desenvolver uma jurisprudência constitucional, em matéria de direitos fundamentais. Louis Favoreu ao ventilar as diferentes jurisdições constitucionais e a proteção dos direitos fundamentais, aponta alguns aspectos essenciais, como:

- a) o quadro referente aos diferentes sistemas de jurisdição constitucional, magistralmente examinados por Mauro Cappelletti.²⁹ Charles Eisenmann, já em 1928, acentuava que pela natureza mesma das coisas, a justiça constitucional é como um espelho onde se refletem de maneira fragmentária, mas fiel, a imagem das lutas políticas supremas de um Estado.

O juiz constitucional não pode ter os mesmos critérios do juiz ordinário. Os sistemas de justiça constitucional são bem diversos quanto à sua organização, mas existe certa unidade quanto à sua missão.

- b) O modelo europeu de justiça constitucional repousa, essencialmente, sob a noção de Corte Constitucional, isto é, de que esta jurisdição tem como finalidade conhecer dos litígios constitucionais:
- c) O funcionamento das cortes constitucionais e os procedimentos consagrados são elementos importantes para a compreensão das mesmas.

O processo consagrado pelas Cortes constitucionais, notadamente em matéria de proteção dos direitos fundamentais, está assentado em um processo contraditório, com caracteres particulares devido à própria natureza do Processo Constitucional: **«Le procès constitutionnel ne se déroule pas forcément entre des parties, notamment**

29. CAPPELLETTI, Mauro. **Judicial Review in the Contemporary World**, Indianapolis, 1971.

lorsqu'il y a contrôle abstrait des normes, ce qui est le cas habituel en droit français mais cela peut se constater également en droit allemand, autrichien ou italien».³⁰

- d) As atribuições e as competências das diversas jurisdições constitucionais demonstram a importância que as mesmas têm na garantia dos direitos fundamentais inscritos nos textos constitucionais.

A descrição dos diversos sistemas de justiça constitucional mostra que as diversas cortes estão diferentemente armadas para assumir suas missões: a proteção dos direitos fundamentais.

A proteção dos direitos fundamentais pelas jurisdições constitucionais leva-nos ao estudo sobre os processos e técnicas que tornam possível a efetivação da expressão designada como os direitos e as liberdades constitucionalmente protegidas. Para alguns, os direitos fundamentais são reforçados através de jurisdições constitucionais que têm estatuto constitucional e poderes supralegislativos.

No direito alemão, austríaco e italiano, a dimensão constitucional está presente, sobretudo, pela importância dos direitos fundamentais definidos pela jurisprudência constitucional.

II. OS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Processo, do ângulo de vista jurídico, é o instrumento do Estado para solucionar os conflitos de transcendência jurídica e, como tal, o meio de fazer efetivo o direito vigente. Os sistemas processuais constituem subsistemas ou a parte instrumental de cada um dos três grandes sistemas jurídicos. Um dos primeiros juristas a estabelecer uma tipologia dos sistemas processuais foi Couture:

30. FAVOREU, Louis. **Rapport Général Introductif, Revue Internationale de Droit Comparé, Número Especial sobre «La Protection des Droits Fondamentaux par les Juridictions Constitutionnelles en Europe (Allemagne Fédérale, Autriche, France, Italie)», n° 2, abril/junho, 1981, p. 64.**

- **Sistemas orientais** entre os quais estão relacionados os sistemas chinês, hindu, muçulmano, caracterizados como estáticos e tradicionais.
- **Sistema soviético** que reúne elementos dos sistemas orientais e do romano ocidental.
- **Sistema romano ocidental**, surgido da fusão dos processos romano e germânico, com cinco grandes grupos: hispano-americano, luso-brasileiro, francês e italiano, anglo-americano e austro-alemão.

René David agrupo os sistemas processuais em três grupos:

- o do «civil law»;
- do «common law»;
- o socialista.

Fix-Zamudio, após examinar os três sistemas fundamentais da justiça constitucional, qualificando-os de americano, europeu e socialista, todos eles com seus diversos matizes, conclui que ocorreu um desenvolvimento surpreendente: **«Finalmente, también resulta indiscutible que los textos constitucionales no son fórmulas estáticas, sino que se proyectan siempre hacia el porvenir de manera dinámica, precisamente por su contenido axiológico y es la justicia constitucional el instrumento necesario, no sólo para preservar estos valores sino para desarrollarlos y adaptarlos a las condiciones siempre variables e imprevisibles de la vida.»**³¹

Ao focalizar a ideologia no Processo Civil, Mauro Cappelletti, após acentuar o caráter da instrumentabilidade do processo em geral, e do processo civil em especial, destaca os pontos de convergência entre os diversos sistemas: **«Os institutos e os princípios fundamentais do direito e do processo civil, inspirados como são em todos os países ditos ocidentais, em ideologias comuns**

31. FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional — 1940-1965**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968, p. 151.

ou análogas, não diferem substancialmente tanto quanto a uma primeira vista poderia parecer; e mesmo no que se refere aos institutos e princípios fundamentais do direito público e especialmente constitucional, em que antigamente ocorria uma nítida contraposição *civil law* — *common law*, os pontos de união se vão multiplicando». ³²

1. O «*Due Process of Law*» no Sistema de «*Common Law*»

A doutrina procura as garantias da Magna Carta, quando se refere à expressão «*law of the land*», interpretada como a necessidade de observância das leis do país: «*nullus liber homo capiatur vel imprisonetur... nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*». É o cap. 39 della Magna Carta he, dopo essere stato oggetto nel secolo scorso di interpretazioni diverse e contrastanti, è oggi considerato senza esitazioni il precedente diretto della clausola del *due process of law* della costituzione americana». ³³

Na evolução da interpretação da «*lex terrae*», da garantia do respeito a uma série de *libertates* ocorre a prevalência da «*common law*».

O significado atribuído a Blackstone e a Coke, sobre a noção de «*law of the land*», foi acolhido pela Constituição americana que receita: ninguém será privado da vida, da liberdade e da propriedade, sem um justo processo.

A possibilidade de utilizar-se o «*due process*» como garantia plástica e flexível da justiça no processo, seja penal ou civil, foi de grande utilidade na evolução da sistemática processual. No «*due process of law*» o elemento a que se subordina toda a

32. CAPELLETTI, Mauro. *A Ideologia no Processo Civil*, AJURIS, Porto Alegre, nº 23, novembro, 1981, p. 32; PIZZOMSSO, Alessandro. *Giurisdizione Costituzionale e Diritti Fondamentale*, Rivista di Diritto Processuale, CEDAM, Padova, nº 2, abril/junho, 1981, pp. 340 e ss.

33. VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie Costituzionali del Processo Civile*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1973, p. 25.

legalidade do processo, é a efetiva possibilidade da parte defender-se, de sustentar suas razões, de ter **his day in court**, na denominação consagrada pela Corte dos Estados Unidos.

A garantia processual constituída pela necessidade de aplicar a lei da terra, foi recolhida nas primeiras constituições, anteriores à Constituição federal dos Estados Unidos. As de Maryland, Pennsylvania e de Massachusetts consagram, em disposição expressa, que ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade, e propriedade, sem o devido processo legal (**due process of law**).

As Emendas VI e XIV acataram o mesmo entendimento. Entre as expressões «**law of the land**» e «**due process of law**», não havia senão uma instância de desenvolvimento. O conceito especificamente processual da Magna Carta torna-se genérico na Constituição. Não se fala mais em lei da terra, mas em «**devido processo legal**», como uma garantia que compreende o direito material da lei preestabelecida e o direito processual ao juiz competente.

A Suprema Corte dos Estados Unidos teve que fixar em que consistia as garantias do processo devido e a lei da terra. Ao determinar o que é o «**due process of law**» nas Emendas V e XIV a Corte referia-se aos usos estabelecidos, aos modos de procedimento. Por meio da 5a. Emenda, a fórmula «**law of the land**» transforma-se em «**due process of law**». Em seguida, passa a ser admitida em quase todas as constituições. O conceito «**procedimento legal**», torna-se a garantia essencial do demandado, do qual nenhuma lei poderá privá-lo. Como garantia de ordem processual, transforma-se em garantia jurisdicional. Dentro do papel que o «**due process of law**» passou a ter nos Estados Unidos, podemos salientar: «**due process of law**», inserida na 5a. Emenda dirigindo-se ao governo nacional, e na 14a. Emenda dirigindo-se aos Estados, equivalia, na história constitucional da Inglaterra, à «**law of the land**», ou lei do país, sendo garantia de ordem processual e não de fundo. Nos Estados Unidos, praticamente até 1895, foi ela entendida nesse sentido estrito, com a única exceção do caso Dred Scott, julgado em 1857, nas vésperas da Guerra de Secessão. Dando à cláusula de «**due process**», da 5a. Emenda Constitucional, o significado de proteção

de direitos substantivos, declarou a Corte, pela segunda vez em sua história, a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso: a seção 8º do Missouri Compromise Act, de 1850, que proibira a escravidão nos territórios». ³⁴

A jurisprudência da 14a. Emenda Constitucional sofreu várias modificações.

Para Corwin a moderna doutrina do «**due process**» como lei razoável deixou o controle judicial de ter limites definidos e mencionáveis, com modificações sobre a extensão em que a Corte examinará os fatos justificativos da lei sob a cláusula de **due process** da Constituição: «**Le Cinquième Amendement de la Constitution fédérale dispose notamment: «personne ne pourra être... privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale suffisante».** Cette interdiction s'applique à tous les agents et fonctionnaires du gouvernement fédéral; elle a été étendue à ceux des États, en des termes presque identiques, par le Quatorzième Amendement de 1868. Au fil des siècles, depuis que ces mots ont apparu d'abord en droit anglais, ils ont été si constamment invoqués en justice qu'ils se sont de plus en plus fermement enracinés; ils représentent une part également importante de la protection constitutionnelle dans le droit américain». ³⁵

O devido processo exige que os litigantes tenham o benefício de um juízo amplo e imparcial, perante os tribunais. Seus direitos não se medem por leis sancionadas para afetá-los individualmente, mas por disposições jurídicas gerais, aplicáveis a todos aqueles que estão em condição similar.

A expressão **devido processo** significa o processo que é justo e apropriado. Os procedimentos judiciais podem variar de acordo com as circunstâncias, porém os procedimentos devidos seguem as formas estabelecidas no direito, através da adaptação das formas antigas aos problemas novos, com a preservação dos princípios da liberdade e da justiça.

34. RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano**, Edição Revista Forense, 1958, p. 92.

35. ANGEL, Ernest. **Les Aspects Constitutionnels des Libertés Publiques Aux États-Unis**, Dalloz, Paris, 1964, p. 26.

Um dos componentes básicos do devido processo judicial, talvez fundamental, é a jurisdição. A jurisdição atua após a notificação apropriada, que dê conhecimento a todas as partes da interposição de atuações que possam afetar direitos. O devido processo requer que a parte, provocada por atuações judiciais, tenha oportunidade de ser ouvida, antes que haja uma decisão final. Estas circunstâncias incluem o direito de apresentar argumentos, testemunhas ou provas que possam ser pertinentes ao caso. A audiência deve ser celebrada ante um tribunal justo e imparcial.³⁶

As expressões «**law of the land**» e «**due process of law**» examinadas conjuntamente, na Inglaterra e nos Estados Unidos, deram origem à construção jurisprudencial, com o objetivo de proteção aos direitos do indivíduo, em especial em matéria de garantias processuais. Com o tempo, a cláusula do «**due process of law**» passou a ter maior relevo, alargando-se no âmbito da doutrina. De uma garantia, em face do juízo, passa a assegurar igualdade de tratamento frente a qualquer autoridade. Esta ampliação de sentido propiciou a limitação constitucional dos poderes do Estado: **«O instrumento está criado. Como escreve Pound, o due process of law é um standard, pelo qual se guiam os tribunais, e, assim sendo, «deve aplicar-se tendo em vista circunstâncias especiais de tempo e de opinião pública em relação ao lugar em que o ato tem eficácia».**³⁷

A garantia do «**due process of law**» destinava-se a fazer valer apenas no processo penal. Era compreendida como a violação de garantia e formas de procedimento que impedissem o direito de defesa: ninguém poderia testemunhar contra si mesmo; o acusado tinha o direito de ouvir as testemunhas de acusação; ninguém poderia ser condenado duas vezes pelo mesmo crime; a instrução criminal seria processada perante juiz; o Poder Legislativo não poderia editar normas retroativas.

36. PRITCHETT, C. Herman. **La Constitución Americana**, Tipografica Editora Argentina S/A, 1965, pp. 655 e ss.

37. DANTAS, F. C. de San Tiago. **Igualdade Perante a Leie Due Process of Law**, em **Problemas de Direito Positivo**, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1953, p. 43.

Visava a cláusula a impedir lesões dos direitos individuais, sem o devido processo legal. A proteção dos direitos individuais materializava-se através do contraditório e da igualdade das partes.

Quanto ao Processo Civil, o conteúdo da cláusula abriga-se na garantia da ação e da defesa em juízo, mas convém acentuar a tendência ao crescimento de várias normas de nível constitucional ligadas a fórmulas de garantias que aumentam os mecanismos internos limitadores do poder.

2. O «Due Process of Law» no Sistema do Direito Codificado

O exame do «due process of law», no sistema do direito codificado, tem muito de suas indagações na doutrina do processo penal, que está bem vinculada com os aspectos constitucionais. O mesmo não ocorreu com o direito processual civil. Com o desenvolvimento publicístico do processo e a caracterização do direito de ação sob uma perspectiva independente do direito material, a ser protegido por meio de instrumentos próprios, ocorre substancial modificação da processualística.

A orientação publicística do processo e do direito à jurisdição, bem como o reconhecimento da ação como direito público subjetivo, designado como direito cívico ou obrigação do Estado, passa a ter acentuada relevância: **«Na teoria dominante, o direito cívico de pretender do Estado a tutela jurisdicional transforma-se no fundamento ou pressuposto constitucional do poder processual de ação».**³⁸

Este direito cívico é o poder de agir em juízo. Trata-se de um pressuposto à garantia constitucional, que justifica o exercício da ação. A ação deve ser estudada à luz do direito constitucional. A natureza da ação é questão de índole processual, com aspectos constitucionais: **«Não se trataria mais, nesse caso, de mera constitucionalização do direito abstrato de ação, nem de qualificação, por normas formalmente constitucionais»**, das garantias

38. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**, ob. cit., p. 61.

já conferidas pela norma processual. Nem se poderia mais falar, a rigor, de simples pressuposto ou fundamento constitucional, sem relevância para a «ação» em sentido processual. E a garantia constitucional seria suscetível de violação, não só no atinente a normas processuais, mas ainda com relação a normas substanciais.

Eis aí, de forma clara e insofismável, como também no sistema da **civil law**, a interpretação da cláusula poderia redundar em garantia de justiça, a transcender o âmbito processual, para compreender também o substancial. Mais uma vez se verifica que os resultados da «**common law**» e do direito codificado não diferem, essencialmente, malgrado os diversos métodos de trabalho empregados, provando a universalidade e a unidade do direito.³⁹

O direito de ação e de defesa constituem dois pontos fundamentais de efetivação de garantias, também neste sistema.

Através das Constituições podemos precisar o tipo de tutela constitucional deferido ao processo: «**A tutela constitucional do processo ou a constitucionalização do direito cívico de ação não bastam para configurar o «devido processo legal»**. Como vimos, o processo é instrumento de atuação da Constituição, e o binômio processo-Constituição constitui não somente garantia de justiça, como também garantia de liberdade. O direito não deve ficar à mercê do processo, nem sucumbir diante da inexistência ou insuficiência deste.

O objeto da garantia constitucional deve ser a possibilidade concreta e efetiva de obter a tutela, e não a simples reafirmação do direito à sentença; este já é assegurado pelos princípios informadores do processo; e se assim entendêssemos, daríamos **forçosamente** razão a Provinciali, o qual vislumbra na tutela constitucional do processo normas de natureza processual, apenas reforçadas por sua colocação na Constituição».⁴⁰

39. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**, ob. cit., pp. 77 e 78.

40. GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**, ob. cit., pp. 99 e 100.

3. O «Due Process of Law» no Sistema Jurídico Brasileiro

As Declarações, desacompanhadas de suas respectivas garantias, perderiam a sua eficácia. A fixação de garantias, de ordem jurisdicional e processual, é que completam as declarações e possibilitam a sua efetivação. O texto constitucional consagra os princípios e meios processuais, pelos quais se reclama a proteção dos direitos fundamentais.

José Barcelos de Souza afirma: «A Constituição, além de estabelecer remédios processuais por isso mesmo ditos constitucionais, como o «habeas-corpus» e o «mandado de segurança», e de traçar normas sobre a jurisdição e a competência de juízes e tribunais, contém regras outras, preceptivas ou simplesmente diretivas, de qualquer modo normativas que norteiam o legislador e, por via de consequência, ou por influência direta, o processo, razão por que se fala mesmo em um «Direito Processual Constitucional» mais que em relação a qualquer dos outros ramos do Direito Processual, a Constituição se volta para o direito processual penal, dela emergindo princípios fundamentais, com os do juiz natural e do devido processo legal, e, como característica destes, os da instrução contraditória e da amplitude de defesa» (A Defesa na Polícia e em Juízo, p. 7).

A doutrina do «due process of law», na Inglaterra e nos Estados Unidos, serviu de base para a construção de uma jurisprudência de proteção aos direitos do indivíduo, principalmente em matéria de garantias processuais. É um **standard** que guia os tribunais, encarregados de aplicá-lo.

As garantias do processo penal deram saliência sobre o direito de liberdade e o direito de defesa, a princípio, com forte conotação política, pelo que foram consagrados pelos regimes constitucionais instaurados pelo Estado de Direito.

A tutela constitucional do processo penal, por meios das garantias constitucionais, determina o devido processo legal. As constituições passaram a inscrever garantias e princípios de ordem processual que surgem como meios eficazes das garantias dos direitos do homem.

«Em matéria penal, substancial ou processual, a Constituição Brasileira, segundo a tradição do direito constitucional pátrio é rica em garantias: vedando penas, protegendo a liberdade física:

- a) vedando penas e protegendo a liberdade física; art. 153, § 11;
- b) expedindo normas sobre a prisão legal; art. 153; § 12;
- c) erigindo em preceito constitucional a incomunicabilidade da pena; art. 153, § 13;
- d) assegurando a integridade física e moral do preso; art. 153; § 14;
- e) garantindo o contraditório e o direito de ampla defesa, art. 153, § 16 e 153, § 15.⁴¹

Outros dispositivos constitucionais sobre a lei e o Processo Penal estão inscritos na Constituição:

- anterioridade da lei penal;
- instituição do júri;
- extradição;
- liberdade de locomoção;
- «habeas-corpus».

As garantias do devido processo legal, destinadas ao processo penal, revelam que ocorre a violação da garantia, desde que as formas de procedimento impedissem o direito de defesa.

Pelo exame dos textos constitucionais brasileiros o princípio de isonomia e do juiz natural sempre tiveram consagração constitucional. Como conseqüência desta proclamação da igualdade jurídica, garante-se a assistência judiciária, que efetiva o exercício da igualdade perante os Tribunais.

41. GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em sua Unidade**, Edição Saraiva, São Paulo, 1978, pp. 36 e 37.

A doutrina afirma a prodigalidade da Constituição brasileira no que toca à esfera penal, principalmente, no que se refere à tutela processual do indivíduo. O mesmo não ocorreu com o processo civil: «É evidente que princípios como o de isonomia, do juiz natural, da assistência judiciária e da coisa julgada constituem postulados vitais para as garantias do processo civil. Mas é forçoso reconhecer que a Constituição brasileira erigiu em regra específica, para o processo civil, um único princípio: o princípio da inafastabilidade do controle judiciário.

Regra, esta, que se prende diretamente à cláusula do *due process of law* do sistema anglo-norte-americano e tem, na Constituição em vigor, a seguinte redação: «A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual» (art. 153, § 1º).⁴²

A Justiça Penal e a Justiça Civil estão assentadas em dois grandes princípios constitucionais:

- o direito à tutela jurisdicional; e
- o devido processo legal.

Dentro deste entendimento, concluem publicistas brasileiros: «Destes decorrem postulados como o do juiz natural, do sistema acusatório, da instrução contraditória, do direito de defesa, da assistência judiciária, e outros. Porque, além dos princípios inscritos na Constituição como tutela do processo, outros surgem implicitamente, pelo disposto no art. 153, § 36: «A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e princípios que ela adota».⁴³

O sistema constitucional de garantia do processo, transforma-o em instrumento de justiça e de efetivação dos direitos. Mas para que estes possam realizar-se de maneira ampla, são

42. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em sua Unidade*, ob. cit., p. 38.

43. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo., GRINOVER, Ada Pellegrini., DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*, ob. cit., p. 52.

necessários certos condicionamentos que lhe garantam a executoriedade plena: «Mas é necessário que o processo possibilite efetivamente à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas. A oportunidade de defesa deve ser realmente plena e o processo deve desenvolver-se com aquelas garantias, em cuja ausência não pode caracterizar-se o «devido processo legal», inserido em toda constituição realmente moderna. Ou seja, é preciso que o julgamento se desenvolva com as indispensáveis garantias processuais, entre as quais o contraditório, o uso dos meios de prova garantidos em geral, a presença do juiz natural, a publicidade, o duplo grau de jurisdição».⁴⁴

As Constituições, à proporção que elevam a nível constitucional, os princípios gerais do processo, transformam-nos em princípios constitucionais, institucionalizando-os de maneira tão profunda que passam a ocupar lugar de relevo na concretização da ordem jurídica global.

Assiste razão a Humberto Theodoro Júnior quando afirma que «embora seja o direito processual subordinado, hierarquicamente, como qualquer outro ramo da ciência jurídica, ao direito constitucional, o certo é que a posição do direito formal ou instrumental é relevantíssima, mesmo perante a Carta Magna, já que esta, no dizer de Ramiro Podetti, careceria de eficácia sem a existência daquele («Teoria del Proceso Civil, nº 23, p. 53»)⁴⁵.

Os princípios informativos do Direito Processual Civil compõem as normas essenciais traçadas pela Constituição, para assegurar o cumprimento de toda a ordem jurídica determinada pelo Estado.

O elenco destes princípios demonstra como são essenciais à plena defesa da ordem jurídica constitucionalmente consagrada, através de instrumentos próprios, à concretização dos direitos fundamentais e à segurança jurídica:

44. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal, As Interceptações Telefônicas**, Edição Saraiva, 1976, pp. 25 e 26

45. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Nova Lei de Execução Fiscal, e Outros Estudos de Direito Processual**, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda. São Paulo, 1982, p. 120.

«São informativos do processo:

- a) o princípio do devido processo legal;
- b) o princípio inquisitivo e o dispositivo;
- c) o princípio do contraditório;
- d) o princípio do duplo grau de jurisdição;
- e) o princípio da boa-fé e da lealdade processual;
- f) o princípio da verdade real.

São informativos do procedimento:

- a) o princípio da oralidade;
- b) o princípio da publicidade;
- c) o princípio da economia processual;
- d) o princípio da eventualidade da preclusão».⁴⁶

O direito à jurisdição, como caminho fornecido ao indivíduo para realização concreta do ordenamento jurídico consagrado, originariamente, através de poder constituinte legítimo, não apenas concebido dentro de legalidade formal, consolida as garantias constitucionais e transforma-se em instrumento essencial do Estado Constitucional de Direito.

A superioridade hierárquica da Constituição frente a todas as manifestações do poder público, como as normas legislativas, as decisões judiciais e os atos administrativos, constitui um dos aspectos essenciais para a compreensão do constitucionalismo.

Todas as constituições aceitam implicitamente a sua supremacia, sendo que algumas chegam a proclamá-lo de modo expreso e terminante.⁴⁷

46. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Nova Lei de Execução Fiscal**, ob. cit., pp. 121 e 122.

47. VIAMONTE, Carlos Sanchez. **El Constitucionalismo y sus Problemas. El Orden Jurídico Positivo. Supremacia, Defensa y Vigência de la Constitución**, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 74.

O que Wilson Accioli denomina de «supralegalidade constitucional» decorre da hierarquia das regras jurídicas do Estado, dentre as quais a lei constitucional se posiciona no lugar mais elevado. A superioridade profunda das regras constitucionais, em relação com as demais normas jurídicas, constitui aspecto essencial para o estudo do controle da constitucionalidade das leis.⁴⁸

A superioridade da Constituição no ordenamento jurídico, faz com que os preceitos que integram a Lei Fundamental ocupem um nível supremo, frente a todas as demais normas que vigoram em determinado Estado.⁴⁹

O problema do controle da constitucionalidade dentro de uma determinada ordem jurídica está vinculado à questão das categorias das normas positivas. A distinção entre as «normas constitucionais», de hierarquia superior que estabelecem as regras básicas, que regem o funcionamento do Estado e reconhecem os direitos essenciais dos indivíduos e as normas de hierarquia inferior chamadas de «normas ordinárias», leva-nos a diversas reflexões sobre os modelos de controle.

A diversidade de hierarquia das normas jurídicas leva-nos à prevalência da norma de índole constitucional.⁵⁰

A supremacia da Constituição ou a Constituição como direito fundamental dá uma estrutura hierárquica à ordem jurídica. A Escola de Viena aceitou a concepção unitária do ordenamento jurídico, não como um sistema de normas coordenadas entre

48. ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 1981, 2a. ed., p. 45; FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, Editora Rev. dos Tribunais Ltda., tomo I, 5a. ed., p. 132 e ss.

49. RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*, Edição Saraiva, São Paulo, 1972, 2a. ed., p. 40; FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*, Forense, Rio de Janeiro, 1976, pp. 139 e ss.

50. GHIGLIANI, Alejandro E. *Del «Control» Jurisdiccional de Constitucionalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1952, p. 1 e ss; La ROCHE, Humberto J. *El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad en Venezuela y los Estados Unidos*, Universidad del Zulia, Maracaibo-Venezuela, 1972.

si e que tenham o mesmo nível, mas uma verdadeira estrutura hierárquica de preceitos jurídicos. A teoria gradual do direito oferece base para distinguir as normas «primárias» ou «fundamentais» das «secundárias» ou «derivadas».

Admitida a existência de uma hierarquia de competências vinculadas, quanto ao conteúdo real e teleológico do ordenamento jurídico, chega-se ao ponto mais alto da estrutura, ocupada pela Constituição, reguladora da suprema competência do sistema jurídico: «Este carácter fundamental que concede a la constitución la nota de ley suprema del Estado, supone que todo el ordenamiento jurídico se encuentra condicionado por las normas constitucionales, y que ninguna autoridad estatal tiene más poderes que los que le reconoce la constitución, pues de ella depende la legitimidad de todo el sistema de normas e instituciones que componen aquel ordenamiento».⁵¹

Xifra Heras aceita que os princípios contidos na Constituição podem equiparar-se a uma espécie de premissa maior, da qual as leis deduzem suas conseqüências. A dupla supremacia, isto é, material e formal, reflete este posicionamento básico do texto maior.

As conseqüências fundamentais da supremacia material são:

a) O controle da constitucionalidade das leis, através do qual a Constituição deve condicionar o ordenamento jurídico, em geral;

b) A impossibilidade jurídica de que os órgãos deleguem o exercício das competências que lhe são atribuídos pela Constituição.

A supremacia formal da Constituição reforça a material, dotando-a, fundamentalmente, de «garantias processuais».

A supremacia constitucional leva-nos, naturalmente, às fórmulas de manutenção deste seu posicionamento jurídico na estrutura estatal, criando e consagrando instrumentos de sua preservação.

51. HERAS, Jorge Xifra. **Curso de Derecho Constitucional, Tomo I** — Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1957, 2a, ed., pp. 58 e ss.

A conseqüência lógica do caráter de supremacia das Constituições escritas é de que as leis ordinárias, elaboradas pelo legislador ordinário, devem respeitar a constituição, não somente na sua letra, mas em seu espírito, isto é, em seus princípios. Para assegurar esta subordinação empregam-se processos de controle político, jurisdicional ou por órgãos especiais.⁵²

A supremacia constitucional efetiva-se através de remédios processuais. Para que ocorra validade de toda a ordem jurídica, torna-se necessária a sua subordinação ao ordenamento jurídico-político fundamental.

O processo de verificação e fiscalização da adequação e harmonia dos atos estatais com a Constituição opera-se pelo controle de constitucionalidade: «La existencia de un sistema normativo piramidal, concatenado y jerárquico, exige los medios idóneos para asegurar su plena vigencia, descalificando las normas o actos del poder que fueren formal o sustancialmente incongruentes con aquella norma supraordenada.

Tal fiscalización constitucional puede tipificarse en mérito al órgano que la ejecute, su forma de iniciativa, los efectos que produzca y el modelo político organizativo».⁵³

Existem formas jurisdicionais e políticas do controle de constitucionalidade das leis. Na França e outros países da Europa, ocorreu resistência ao «judicial review» do direito americano, dando origem ao controle político da constitucionalidade das leis. O controle jurisdicional apresenta dois sistemas: «o do Direito americano e o do Direito europeu, respectivamente denominados, também, sistema do controle difuso e sistema do controle concentrado».⁵⁴

52. HAURIOU, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Éditions Montchrestien, Paris, 1970, 4a. ed., p. 297.

53. DROMI, José Roberto. *Libro-Homenaje A Manuel Garcia-Pelayo*, tomo I, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciências Jurídicas y Políticas, Caracas, 1980, p. 128.

54. MARQUES, José Frederico. *A Reforma do Poder Judiciário, Introdução — Comentários à Emenda Constitucional, nº 7, de 1º de abril de 1977, 1º vol.*, Edição Saraiva, 1979, p. 267.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, refere-se ao «judicial review», nos textos abaixo relacionados:

a) «no art. 11, § 1º, c, ao prever julgamentos de representação do Procurador Geral da República, relativa à tutela dos princípios constitucionais discriminados no art. 10, VII, nos Estados da federação;

b) no art. 15, § 3º, d, ao falar em decisão do Tribunal de Justiça do Estado sobre representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual;

c) no art. 42, VII, ao estatuir que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

d) no art. 116, ao dispor sobre o **quorum** nos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade;

e) no art. 119, I, 1, ao dar competência originária e privativa ao Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, sendo que na letra **p** vem prevista igual competência para o processo e julgamento de medida cautelar ligada àquela representação;

f) no art. 119, III **a, b, e c**, ao estabelecer pressupostos do recurso extraordinário em razão do exercício, pelo Supremo Tribunal, da jurisdição constitucional;

g) no art. 121, § 2º, ao dispor que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional poderá constituir órgão, no Tribunal Federal de Recursos, para declarar a inconstitucionalidade de leis ou ato normativo;

h) no art. 139, ao preceituar que cabe recurso para o Supremo Tribunal Federal contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral que contrariar a Constituição;

i) no art. 143, ao declarar que somente cabe recurso para o Supremo Tribunal Federal, contra decisões do Tribunal Superior do Trabalho, quando estas contrariarem a Constituição». ⁵⁵

Através do exame comparativo das maneiras consagradas nos diversos sistemas constitucionais, encontramos as formas políticas, as que conferem o controle da constitucionalidade ao poder judiciário e as que adotam a fórmula de atribuir este controle a um órgão especial. ⁵⁶

Mauro Cappelletti aponta a variada gama de controle judicial da constitucionalidade, distinguindo seu aspecto subjetivo e formal:

«a) il «sistema diffuso» ossia quello, nel quale il potere di controllo **spetta a tutti gli organi giudiziari** di un dato ordinamento giuridico, che lo esercitano incidentalmente, in occasione della decisione delle cause di loro competenza; e

b) il «sistema accentrato», nel quale il potere di controllo si concentra invece in un organo giudiziario soltanto». ⁵⁷

A necessidade de um órgão encarregado do controle da feitura das leis pode variar nos diversos regimes constitucionais, tendo em vista a maneira de sua efetivação.

A função do controle é verificar a correspondência entre todas as outras normas e atos ao ordenamento supremo. A verificação de que se as normas estão de conformidade com a Constituição é essencial para o funcionamento de toda a ordem jurídica: «A idéia da inaplicabilidade da lei inconstitucional é uma decorrência do princípio da hierarquia das leis, que possibilita aquela situação jurídica, tão bem analisada por Duguit, em que a incompatibilidade entre as normas gera a existência de leis

55. MARQUES, José Frederico. **A Reforma do Poder Judiciário**, ob. cit., pp. 282 e 283.

56. MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.

57. CAPPELLETTI, Mauro. **Il Controllo Giudiziario Di Costituzionalità delle Leggi nel Diritto Comparato**, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1973, p. 51.

contrárias ao direito — **lois contraires au droit**. Quando se verifica um choque entre duas prescrições legais, uma é, necessariamente, contrária ao direito estabelecido para outra, resolvendo-se o conflito em favor da norma de hierarquia superior, particularmente quando esta se encontra na própria Constituição, que é a fonte de todos os poderes constituídos».⁵⁸

A preeminência das normas constitucionais diante da vida jurídica reforça o devido processo legal que se desenvolve perante juiz, imparcial e independente.

58. BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**, Forense, Rio, 1968, 2a. ed., p. 63; FERREIRA, Pinto. **Princípio da Supremacia da Constitucionalidade das Leis. Função do Supremo Tribunal Federal no Brasil**, *Revista de Direito Público*, nº 17, julho/set., 1971, pp. 17 e ss.