

DIREITO CONSTITUCIONAL -PRINCÍPIOS-

SUMÁRIO

Capítulo I - A Força Normativa dos Princípios.....	1
Capítulo II – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	2
2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição brasileira de 1988.....	3
2.2. Princípio da igualdade.....	
2.3. Princípio da legalidade.....	
2.3.1. Legalidade e reserva legal.....	
2.4. Direito adquirido, ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI).....	
2.5. Princípio da liberdade de pensamento, direito de resposta e responsabilidade por dano material, moral ou à imagem.....	4
2.6. Princípio da liberdade de consciência, crença religiosa, convicção filosófica ou política e escusa de consciência (art. 5º, VI e VIII).....	5
2.7. Princípio da inviolabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem.....	6
2.8. Princípio do sigilo de correspondência e de comunicação (art. 5º, XII).....	7
2.9. Princípio da Proibição da Tortura.....	8
2.10. Princípio da reserva do possível - a relevância econômica dos direitos sociais prestacionais e o limite relativo da reserva do possível.....	9
Capítulo III – Princípios Constitucionais Inerentes ao Processo.....	
3.1. Princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, LV).....	
3.2. Princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV, LV).....	
3.3. Princípio do juiz natural (Art. 5º, XXXVII e LIII).....	
3.4. Princípio da imparcialidade do juiz.....	

- 3.5. Princípio da inafastabilidade da jurisdicional.....
- 3.6. Princípio da persuasão racional do juiz.....
- 3.7. Princípio da motivação das decisões judiciais.....
- 3.8 Princípio da publicidade.....
- 3.9. Princípio da efetividade da jurisdição.....
- 3.10. Princípio da duração razoável do processo.....
- 3.11. Princípio do duplo grau de jurisdição.....
- 3.12. Princípio da coisa julgada (art. 5º, XXXVI).....
- 3.13. Princípio da celeridade processual (Art. 5º, LXXIII).....
- 3.14. Princípio da vedação das provas ilícitas (art. 5º, LVI).....
- 3.14.1. Princípio da vedação das provas derivadas das provas ilícitas.....
- 3.15. Princípio da presunção de inocência ou estado de inocência (art. 5º, LVII).....
- 3.16. Princípio do *nemo tenetur se detegere*, (ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo), não auto-incriminação, direito ao silêncio.....

Capítulo IV – Princípios Institucionais do Ministério Público.....

- 4.1. Princípio do promotor natural.....
- 4.2. Princípio da unidade.....
- 4.3. Princípio da indivisibilidade.....
- 4.4. Princípio da independência funcional.....

Capítulo V – Princípios Constitucionais Referentes à Ordem Tributária.....

- 5.1. Princípio da legalidade.....
- 5.1.2. Princípio da legalidade tributária na vigente Constituição.....
- 5.2. Princípio da isonomia tributária.....
- 5.3. Princípio da capacidade contributiva.....

5.3.1. Capacidade contributiva e obrigação tributária.....

5.3.2. Capacidade contributiva e isonomia.....

5.3.3. Capacidade contributiva e capacidade econômica.....

5.4. Princípio da anterioridade.....

5.5. Anterioridade e anualidade.....

5.6. Princípio da vedação do confisco.....

5.6.1. Tributo com efeito de confisco.....

5.7. Princípio da liberdade de tráfego.....

Capítulo VI – Princípios Constitucionais Implícitos.....

6.1. Princípio da razoabilidade.....

6.2. Princípio da proporcionalidade.....

Referências.....

CAPÍTULO I

A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Princípios são normas maiores de origem e bases fundamentais e gerais que encerram valores que são paradigmas, desdobrados nas leis infraconstitucionais, o seu corolário.

Verticalizam como disposições que preordenam o conteúdo da regra legal, como generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinadas matérias.

No escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello os princípios são, por definição, mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiros alicerces dele, e ainda disposições fundamentais que se irradiam sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definirem a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que é o sistema jurídico positivo.¹

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, São Paulo, 1980, p. 230. Em sentido semelhante, a Corte Constitucional italiana assim definiu

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, discorrendo sobre o tema, faz a seguinte elucidação:

“os juristas empregam o termo ‘princípio’ em três sentidos de alcance diferente. Num primeiro, seriam ‘supernormas’, ou seja, normas (gerais ou generalíssimas) que exprimem valores e que por isso, são ponto de referência, modelo, para regras que as desdobram. No segundo, seriam standards, que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas - ou seja, as disposições que preordenem o conteúdo da regra legal. No último, seriam generalizações, obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias. Nos dois primeiros sentidos, pois, o termo tem uma conotação prescritiva; no derradeiro, a conotação é descritiva: trata-se de uma ‘abstração por indução’”²

No mesmo sentido, Genaro Carrió, citado por Eros Roberto Grau, indica sete focos de significação assumidos pelo vocábulo princípio, a partir dele enunciando, nada mais, nada menos do que onze significações atribuíveis à expressão princípio jurídico!³

Crisafuli, já assinalava:

“Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”.⁴

princípios: “são aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.” (apud BONAVIDES, Paulo. *Curso...*p. 230).

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional do Trabalho - Estudos em Homenagem ao prof. Amauri Mascaro do Nascimento*. Ed. Ltr, 1991, Vol. I, pp. 73-74.

³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1998, p. 76.

⁴ Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso...*p. 230. Em sentido contrário, Arnaldo Vasconcelos: “Os princípios gerais de Direito, nada obstante sua força vinculante, não são, contudo, normas jurídicas no sentido formal do termo” (*Teoria da Norma Jurídica*, 3ª ed. Malheiros, São Paulo, 1993, p. 210). “(...) apesar de terem positividade, não constituem normas jurídicas” (p. 208). Porém, mais à frente, o professor cearense, a meu ver, contraditoriamente, sustenta que o princípio “não representa mera aspiração ideológica (...), mais do que isso: uma norma jurídica iguais às outras, sem mais, nem menos, tanto que não lhe falta a possibilidade de sancionamento”(p. 210).

Durante muito tempo houve uma dissociação dos conceitos de normas e princípios, o que leva, ainda hoje, a grandes juristas incorrerem no erro primário de igualar as regras às normas.

Robert Alexy e o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, sucessor de Herbert Hart na cátedra de Jurisprudence na Universidade de Oxford, superam a dicotomia ao se expressarem que:

“a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.”⁵

Bobbio faz uma clara análise dos princípios gerais do Direito⁶, inserindo-os no amplo conceito de normas:

“Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas. E por que não

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 141.

⁶ Segundo Paulo Bonavides, os princípios gerais do direito foram os antecedentes históricos dos princípios constitucionais. Vale ressaltar que Sampáio Dória, em trabalho pioneiro escrito em 1926 (!), cujo título era *Princípios Constitucionais*, tendo como referência a Constituição Republicana de 1891, já definia os princípios como normas: "princípios se entendem por normas geraes e fundamentaes que inferem leis. E, em direito constitucional, principios são as bases organicas do Estado, aquelas generalidades do direito publico, que como naus da civilização devem sobrenadar ás tempestades politicas, e ás paixões dos homens. Os principios constitucionaes da União brasileira são aquelles canones, sem os quaes não existiria esta União tal qual é nas suas características essenciaes" (*apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 109).

deveriam ser normas?”⁷

Na atual classificação, de cunho pós-positivista, norma é o gênero do qual são espécies as regras e os princípios (e os valores, para os que aceitam essa tese), que se diferenciam lógica e qualitativamente. Não pode, pois, o estudioso do direito equiparar a norma jurídica às regras. Estas são apenas uma das faces das normas. O jurista, ao analisá-las, deve aferir-lhes a espécie (princípios ou regras) e a hierarquia (norma constitucional, legal ou mesmo infralegal) para bem entender seu posicionamento no ordenamento jurídico.⁸

E qual seria a diferença entre regras e princípios?

A resposta não é simples, mas se pode, com a ajuda de doutrinadores, chegar a uma distinção satisfatória.

Para Canotilho, saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa, podendo, porém, serem utilizados os seguintes critérios por ele sugeridos:

“a) O grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta. c) Carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito). d) ‘Proximidade da ideia de direito’ : os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (DWORKIN) ou na ‘ideia de direito’ (LARENZ); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal. e) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função

⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª ed. Unb, Brasília, 1996, p. 159.

⁸ Veja artigo de George Marmelstein Lima no site www.mundojuridico.adv.br.

normogenética fundamentante”⁹.

Na lição de Willis Santiago Guerra Filho, as regras

“possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais - prossegue o jurista cearense -, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si”¹⁰.

Objetivando breve análise sobre os princípios constitucionais, suas principais características e repercussão nos ramos do direito, seus usos e sua importância para o estudo da Constituição e do Processo, elaborou-se este livro. Os princípios constitucionais, conforme admitido pela doutrina majoritária, genericamente são os presentes no artigo 5º da Constituição, dentro do Título *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. A par deles vem diversos princípios não expressos. Vejamos, nos capítulos seguintes, eles e alguns desses outros.

⁹ Apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 65.

¹⁰ *Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Coor. Willis Santiago Guerra Filho. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p. 17.

CAPÍTULO II

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição brasileira de 1988

Em Kant, como vimos, o que caracteriza o ser humano, e o faz dotado de dignidade especial é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo. Como diz Kant, "o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade".

Conseqüentemente, cada homem é fim em si mesmo. E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos.

Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e "um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro".

No entanto, tomar o homem como fim em si mesmo e que o Estado existe em função dele, não nos conduz a uma concepção individualista da dignidade da pessoa humana. Ou seja, que num conflito indivíduo *versus* Estado, privilegie-se sempre aquele. Com efeito, a concepção que aqui se adota, denominada personalista, busca a compatibilização, a interrelação entre os valores individuais e coletivos; inexistente, portanto, aprioristicamente, um predomínio do indivíduo ou o predomínio do todo. A solução há de ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias, solução que pode ser tanto a compatibilização, como, também, a preeminência de um ou outro valor.

A pessoa é, nesta perspectiva, o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza. É, igualmente, a raiz antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito o que, como vimos, não implica um conceito "fixista" da dignidade da pessoa humana, o "homo clausus", ou o "antropologicun fixo". Ao contrário, sendo a pessoa unidade aberta, sugere uma "integração pragmática".

Saliente-se, ainda, que, pelo caráter intersubjetivo da dignidade da pessoa humana, defendido por W. Maihofer, citado por Pérez Luño na elaboração de seu significado parte-se da situação básica (*Grundsituation*) do homem em sua relação com os demais, isto é, da situação do ser com os outros (*Mitsein*), em lugar de fazê-lo em função do homem singular encerrado em sua esfera individual (*selbstein*). O que, ressaltamos nós, tem particular importância na fixação, em caso de colisão entre direitos fundamentais de dois indivíduos, do *minimum* invulnerável, além de, como destacou Pérez Luño, contribuir no estabelecimento dos limites e alcance dos direitos fundamentais.

Relembre-se, neste momento, a decisão do Tribunal Constitucional espanhol que, precisando justamente o significado da primazia da dignidade da pessoa humana (art. 10.1 da Constituição espanhola), sublinhou que a dignidade há de permanecer inalterável qualquer que seja a situação em que a pessoa se encontre, constituindo, em consequência, um *minimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. Neste

sentido, dissemos que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto; porquanto, repetimos, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa.

Distanciamo-nos, pois, do pensamento de Robert Alexy, que, como vimos, rejeita, radicalmente, a existência de princípios absolutos, chegando a afirmar que se os há, impõe-se modificar o conceito de princípio.

Ernst Bloch, citado por Pérez Luño, destaca que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões que lhe são constitutivas: uma negativa e outra positiva. Aquela significa que a pessoa não venha ser objeto de ofensas ou humilhações. Daí o nosso texto constitucional dispor, coerentemente, que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (art. 5º, III, CF). Com efeito, "a dignidade — ensina Jorge Miranda — pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas".

Impõe-se, por conseguinte, a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável; a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade; a libertação da "angústia da existência" da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas".

Por sua vez, a dimensão positiva presume o pleno desenvolvimento de cada pessoa, que supõe, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possibilidades de atuação próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que uma predeterminação dada pela natureza.

Vimos que a proclamação do valor distinto da pessoa humana teve como conseqüência lógica a afirmação de direitos específicos de cada homem. A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a "fonte

jurídico-positiva dos direitos fundamentais", a fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais, o "valor que atrai a realização dos direitos fundamentais", "el valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos". "Los derechos fundamentales son la expresión más inmediata de la dignidade humana".

Daí falar-se, em conseqüência, na centralidade dos direitos fundamentais dentro do sistema constitucional, que eles apresentam não apenas um caráter subjetivo mas também cumprem funções estruturais, são *"conditio sine qua non del Estado constitucional democrático"*.

Outrossim, a fundamentalidade destes direitos, tanto formal como material. Ou seja, as normas de direito fundamental ocupam o grau superior da ordem jurídica; estão submetidas a processos dificultosos de revisão; constituem limites materiais da própria revisão; vinculam imediatamente os poderes públicos; significam a abertura a outros direitos fundamentais.

Dessa maneira, a interpretação dos demais preceitos constitucionais e legais há de fazer-se à luz daquelas normas constitucionais que proclamam e consagram direitos fundamentais, as normas de direito fundamental. Com razão, Canotilho fala "que a interpretação da Constituição pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais".

2.2 Princípio da igualdade

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, é a Carta Política que possui o maior rol de direitos e garantias fundamentais. Neste rol está incluído o princípio da igualdade de direitos, prevendo uma igualdade formal, de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todo cidadão têm o direito de ser tratado de forma idêntica pela lei, em consonância com os demais princípios que compõem o arcabouço jurídico. Assim, o que se proíbe são os tratamentos diferenciados, arbitrários, desmedidos, pois, tratar os desiguais de forma desigual, na medida que se

desigualam, é axioma inerente ao próprio conceito de Justiça, pois o que realmente se protege são certos bens jurídicos, sendo que somente há lesão ao princípio da igualdade quando o elemento discriminador frustra a finalidade acolhida pelo direito, sem se olvidar, como ressaltado nas lições do mestre Fábio Konder Comparato¹¹, que as liberdades materiais tem por escopo a igualdade de condições sociais, objetivo a ser alcançado, não só através de atos legislativos, mas também através da aplicação de políticas ou programas da Administração Pública.

O princípio da igualdade possui eficácia transcendental, exarando efeitos retroativos e prospectivos, de forma que, existindo situações de desigualdade em nosso ordenamento, no momento que entra em vigor uma nova ordem constitucional aquela é considerada não recepcionada, caso inexista compatibilidade com os valores trazidos pela Carta Suprema.

O princípio da Isonomia consagrado pela constituição irradia efeitos em dois planos distintos. Primeiramente, no âmbito do Poder Legislativo ou do Executivo, vez que, ao se elaborar uma lei, deve o legislador estar atento para impedir que se criem tratamentos arbitrários, desarrazoados a pessoas que se encontram em situações idênticas. No que tange ao outro plano, vê-se que o princípio da igualdade impõe ao intérprete da norma, mais precisamente a autoridade pública, o dever de aplicar a lei e os demais atos normativos de maneira uniforme, igualitária, sem criar preferências ou diferenciações em razão do sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.

Percebe-se a desigualdade na lei quando a norma distingue de maneira desproporcional ou arbitrária um tratamento determinado a diversas pessoas. Desta forma, para que a norma não se torne discriminatória, é necessário que haja uma justificativa objetiva, proporcional e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja a exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo haver nestes casos uma relação de proporcionalidade

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder, *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 59;

entre os meios utilizados e o fim perseguido, sempre em consonância com os direitos constitucionais.

Portanto, discriminações normativas estão em perfeita adequação com a Constituição Federal quando presente a existência de um escopo razoavelmente proporcional ao fim buscado.

É de suma importância destacar que o princípio da Isonomia possui uma tríplice função limitadora.

Limitação ao legislador: o legislador, no exercício de sua função legiferante, não poderá, em hipótese alguma, distanciar-se do princípio da isonomia, sob pena de não recepção ou flagrante inconstitucionalidade. Isso posto, atos normativos que criem diferenciações desarrazoadas, desmedidas, e desproporcionais, não existindo em seu bojo qualquer fim lícito, serão incompatíveis com a Magna Carta.

Limitação ao intérprete/autoridade pública: significa que a autoridade pública ao interpretar e, conseqüentemente, aplicar a lei ao caso concreto, não poderá criar ou fomentar as desigualdades arbitrárias. Merece destaque especial o Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, onde deverá utilizar os instrumentos constitucionais colocados a sua disposição no intuito de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas.

Limitação ao particular: não poderá o particular valer-se de condutas racistas, discriminatórias, ou desproporcionais, sob pena de responsabilidade tanto na esfera civil como na penal, nos termos da legislação em vigor.

2.3. Princípio da legalidade

A Constituição Federal traz em seu bojo, mais precisamente em seu artigo 5º, II, o seguinte preceito: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa*

senão em virtude de lei. O princípio que ora analisamos tem por finalidade combater a atuação arbitrária do Estado. Deste primado podemos extrair que até mesmo o Estado sujeita-se a lei, não podendo impor que uma pessoa faça ou deixe de fazer alguma coisa se não estiver investido de legalidade. Assim, somente através de atos normativos legalmente criados conforme a forma preestabelecida no processo legislativo constitucional podem-se estipular obrigações para os indivíduos, pois são expressão da vontade geral. Conforme lição dos mestres Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei.

O professor Garcia de Enterría¹² dá um enfoque importante ao princípio da Legalidade dizendo:

“quanto ao conteúdo das leis, a que o princípio da legalidade remete, fica também claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo (*dura lex, sed lex*), não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem dentro da Constituição e especialmente de acordo com sua ordem de valores que, com toda explicitude, expressem e, principalmente, que não atentem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais”.

Frise-se que é de extrema importância destacarmos as razões pelas quais o Congresso detém o monopólio na elaboração das leis, de forma a garantir a lei como fonte maior do direito. Primeiro, porque trata-se de casa dos debates políticos; segundo, porque é um corpo com capacidade de ressonância para efeito de informação e mobilização da população; terceiro, é um órgão que, além de ser composto de forma heterogênea, tem a capacidade de sintetizar as diversas posições existentes na sociedade.

¹² GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. Princípio da legalidade na constituição espanhola. *Revista de Direito Público*, nº 86, p.6;

2.3.1. Legalidade e reserva legal.

Fazendo um cotejo entre o princípio da Legalidade e o da Reserva legal, observarmos que o primeiro possui um alcance maior do que o último. O princípio da legalidade garante ao homem o direito de somente agir ou não frente a um comando normativo elaborado dentro das regras do processo legislativo constitucional. De outra banda, temos o princípio da reserva legal, sendo que o campo de atuação deste é mais restrito e diverso. Ele é mais específico e concreto, incidindo no campo material de forma mais especificada pela Constituição. Assim, enquanto o princípio da legalidade irradia efeitos sobre todos os comportamentos humanos, o princípio da Reserva Legal aplica-se apenas a alguns comportamentos específicos. É uma relação de continente e conteúdo. Portanto, o princípio da Reserva legal tem um campo de menor abrangência, mas, em contraprestação possui maior densidade, conteúdo, tendo em vista exigir que sua matéria seja tratada exclusivamente pelo Legislativo, sem interferência normativa do Poder Executivo.

A doutrina constantemente confunde ou não delimita bem o campo de incidência dos princípios da legalidade e o da reserva legal, conforme ensinamento do ilustre professor José Afonso da Silva¹³. O princípio da legalidade impõe o cumprimento e o respeito à lei, ou o agir dentro do limite legal; já o princípio da Reserva Legal estabelece que determinados assuntos sejam tratados através de lei formal. No princípio da Reserva Legal existe um campo de atuação reservado, predeterminado, pela própria Constituição Federal. No princípio da Legalidade a Carta Maior confere poder de forma ampla e geral sobre relações indeterminadas.

O professor José Afonso da Silva¹⁴ assim ensina:

¹³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

¹⁴ Op. cit. p. 368.

“Assim, tem-se, pois, a reserva de lei, quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquela subordinada”.

O princípio da Reserva Legal é previsto tanto de modo absoluto quanto relativo.

O professor Alexandre de Morais¹⁵ de forma bem clara discorre sobre o assunto:

“Assim, temos a *reserva legal absoluta* quando a norma constitucional exige para sua integral regulamentação a edição de lei formal, entendida como *ato normativo emanado do Congresso Nacional* elaborado de acordo com o devido processo legislativo constitucional. Por outro lado, temos a *reserva legal relativa* quando a Constituição Federal, apesar de exigir edição de lei formal, permite que esta fixe tão-somente parâmetros de atuação para o órgão administrativo, que poderá complementá-la por ato infralegal, sempre, porém, respeitados os limites ou requisitos estabelecidos pela legislação”.

Como salienta Canotilho,

“quanto a certas matérias, a Constituição preferiu a lei como meio de *actuação* das disposições constitucionais, mas não proibiu a intervenção de outros actos legislativos, desde que a lei *formal* isso mesmo autorize e estabeleça, previamente, os princípios e objecto de regulamentação das matérias (reserva relativa)”.

Portanto, a *reserva legal relativa* tem suas hipóteses determinadas pela Constituição Federal, sendo que somente em casos excepcionais o texto Maior permitirá a complementação da legislação por atos normativos infraconstitucionais.

2.4. Direito adquirido e ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI)

O texto constitucional traz em seu bojo, art. 5º, inc. XXXVI, o seguinte:

“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

¹⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Trata-se de um dos postulados mais importantes de nosso ordenamento, apesar da dificuldade de se conceituar o direito adquirido. Parece que nosso Diploma Maior incumbiu o legislador ordinário da tarefa de conceituar tal garantia constitucional, respaldando a segurança jurídica. O prof. Celso Bastos¹⁶ assim conceitua o direito adquirido:

“constitui-se num dos recursos de que se vale a Constituição, para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constante mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entretanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra”.

No que concerne ao ato jurídico perfeito, diz o mestre:

“É aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários a sua formação, debaixo da lei velha. Isto não quer dizer, por si só, que ele encerre em seu bojo um direito adquirido. Do que está o seu beneficiário imunizado é de oscilações de forma aportadas pela lei nova”.

2.5 Princípio da Liberdade de pensamento, direito de resposta e responsabilidade por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, IV e V)

A liberdade de pensamento é garantida pela Constituição Federal, não mais havendo que se falar em censura prévia a qualquer tipo de apresentação pública, diversões e espetáculos. Deve-se frisar que apesar da liberdade de pensamento ter respaldo Constitucional, todo e qualquer excesso é passível de apreciação pelo Judiciário, implicando, se for o caso, responsabilidade civil e/ou penal dos excedentes. Essa responsabilidade pode também alcançar os veículos de comunicação, caso as publicações injuriosas tenham sido feitas através da imprensa, devendo os mesmos realizar um controle prévio de suas matérias. Sobre o assunto trazemos a baila os

¹⁶ BASTOS, Celso. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 43.

ensinamentos do mestre Pinto Ferreira¹⁷:

“o Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura”.

2.6. Princípio da Liberdade de consciência, crença religiosa, convicção filosófica ou política e escusa de consciência (art. 5º, VI e VIII)

Apesar do Estado ser laico ele garante a liberdade de consciência e crença religiosa em seu artigo 5º, incisos VI e VIII, dispondo que não haverá privação ou limitação de liberdade em razão de crença religiosa ou convicção filosófica ou política, exceto nos casos em que esse direito for invocado como obstáculo para cumprir obrigação a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei, pois

“a liberdade de consciência constitui o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades do pensamento. É nela que reside o fundamento de toda atividade política co-partidária, cujo exercício regula não pode gerar restrição aos direitos de seu titular”.¹⁸

Ressalte-se que o art. 15, IV, da Magna Carta, leciona no mesmo sentido, prevendo a perda dos direitos políticos quando houver recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa.

Assim, para que seja possível a privação de direitos em razão de crença ou convicção filosófica ou política, deve estar presente duas situações: não-cumprimento de um obrigação a todos imposta e descumprimento de prestação alternativa, fixada em lei.

O exercício do direito de liberdade de consciência não é oponível simplesmente

¹⁷ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. 7v.

¹⁸ MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

ao serviço militar, abarcando diversas outras situações que conflitem com as crenças religiosas, convicções políticas ou filosóficas.

2.7 Princípio da inviolabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem.

Os direitos à intimidade e à própria imagem são direitos derivados do direito à vida, bem maior tutelado pelo ordenamento jurídico Constitucional, sendo que aqueles também servem de proteção a este, principalmente no âmbito da vida privada, resguardando um espaço mínimo, intransponível de intromissões ilícitas.

O princípio da inviolabilidade à intimidade, vida privada, honra e imagem aplica-se tanto a pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas.

A *intimidade* e a *vida privada* apesar de parecerem sinônimos, não são. Embora seja tênue a linha de incidência dos dois, há diferença. A intimidade possui um campo de menor alcance do que a vida privada.

Enquanto a *intimidade* cuida das relações subjetivas e da vida da pessoa em seu aspecto mais íntimo, como, relações na família e de amizade, a *vida privada* abarca todos os demais relacionamentos humanos, os subjetivos e objetivos, como relações comerciais, no trabalho, estudo, clubes sociais etc.

Assim, brincadeiras, programas televisivos e outros de entretenimento, quando excedem o limite previsto na Lei, banalizando ou abusando de aspectos íntimos ou pertencentes a vida privada de uma pessoa, não demonstrando nenhuma finalidade pública, além de violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, também viola o princípio da intimidade, da vida privada, honra e imagem. Portanto, a exposição de fotos, imagens, som, de forma a caracterizar injúria ou levar pessoa ao ridículo,

humilhando-a, implica responsabilidade no âmbito civil e/ou penal.

É preciso destacar que quanto àqueles que exercem atividade política, assim como os artistas em geral, os princípios ora estudados devem ser interpretados de forma mitigada, havendo uma maior flexibilidade em sua aplicação.

2.8 Princípio do sigilo de correspondência e de comunicação (art. 5º, XII)

O direito ao sigilo de correspondência, bem como das comunicações telegráficas possui sede constitucional, assim descrevendo o inciso XII, do art. 5º, *in verbis*:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Fazendo uma interpretação literal do texto poder-se-ia chegar a conclusão que o mesmo somente refere-se a interceptação telefônica, o que não é verdade, pois sabe-se que não há direitos e garantias absolutos, havendo a possibilidade, respeitados os limites legais, de mitigação destes, principalmente quando essas liberdades estiverem sendo usadas como escudos para realização de condutas ilícitas.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal já autorizou a interceptação de carta de presidiário, pela administração penitenciária, em razão do mesmo estar praticando ilícitos através da epístola.

A relatividade dos direitos e garantias fundamentais encontra respaldo em diplomas de outros Estados, como: Dinamarca, Finlândia e Itália.

O dispositivo ora estudado também veda, de forma implícita, o conhecimento ilícito do teor dos documentos por parte de terceiros. Assim, este princípio é uma garantia

constitucional contra as investidas arbitrárias do Estado e de terceiros.

Isso posto, o dispositivo garante o sigilo de toda e qualquer forma de comunicação, seja telefônica, telegráfica, epistolar, de dados, bem como, hodiernamente, das comunicações através da informática (internet e intranet), impedindo assim sua captura e divulgação por meios ilícitos.

2.9. Princípio da proibição da tortura (art. 5.º, III)

Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, sendo que a lei considerará crime inafiançável a prática da tortura (art. 5.º, XLIII). A Lei n. 9.455/97 integrou a referida norma constitucional, definindo os crimes de tortura.

Conforme jurisprudência do STF, “o uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade” (HC 79.429, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 22.08.2006, *DJ* de 02.02.2007).

2.10. Princípio da reserva do possível - A relevância econômica dos direitos sociais prestacionais e o limite relativo da reserva do possível.

Leciona Ingo Wolfgang Sarlet, a propósito do tema:

[...] Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto – em regra – prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão

economicamente relevante, ainda que se saiba, como já frisado alhures, que todos os direitos fundamentais possuem sua dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica. Tal constatação pode ser tida como essencialmente correta e não costuma ser questionada. Já os direitos de defesa – precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva – podem, em princípio, ser considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção como direitos subjetivos (vida, intimidade, liberdade, etc) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas. É preciso que se deixe consignado, entretanto, que a referida “irrelevância econômica” dos direitos de defesa (negativos) não dispensa alguns comentários.

Todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), na esteira da já citada obra de Holmes e Sunstein e de acordo com a posição sustentada por autores como Gustavo Amaral e Flávio Galdino, são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem – para a sua realização – um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação. Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional. Apesar disso, seguimos convictos – como, de resto, esperamos demonstrar nas páginas que seguem – que para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado “fator custo” de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional (no sentido pelo menos da negativa da prestação jurisdicional) quando em causa direitos subjetivos de conteúdo “negativo”. É justamente neste sentido que deve ser tomada a referida “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional não tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica. Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.

Se a regra de relevância econômica dos direitos prestacionais pode ser aceita sem maiores reservas, há que questionar, todavia, se efetivamente todos os direitos dessa natureza apresentam dimensão econômica, havendo, neste contexto, quem sustente a existência de exceções, apontando para os direitos sociais a prestações economicamente neutros (não implicam a alocação de recursos para sua implementação), no sentido

de que há prestações materiais condicionadas ao pagamento de taxas e tarifas públicas, além de outras que se restringem ao acesso aos recursos já disponíveis. É preciso observar, contudo, que, mesmo nas situações apontadas, ressalta uma repercussão econômica ao menos indireta, uma vez que até o já disponível resultou da alocação e aplicação de recursos, sejam materiais, humanos ou financeiros em geral, oriundos, em regra, da receita tributária e outras formas de arrecadação do Estado.

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação. Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como destinatário em geral) também deve ter capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Encontramo-nos, portanto, diante de duas faces diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.

Para além disso, colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador.

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e

humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar de invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Neste contexto, há quem sustente que, por estar em causa uma verdadeira opção quanto à afetação material dos recursos, também deve ser tomada uma decisão sobre a aplicação destes, que, por sua vez, depende da conjuntura socioeconômica global, partindo-se, neste sentido, da premissa de que a Constituição não oferece, ela mesma, os critérios para esta decisão, deixando-a ao encargo dos órgãos políticos (de modo especial ao legislador) competentes para a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica. É justamente por esta razão que a realização de direitos sociais prestacionais – de acordo com a oportuna lição de Gomes Canotilho – costuma ser encarada como autêntico problema de competência constitucional: “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais”.¹⁹

¹⁹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, pág 301 a 305.

CAPÍTULO III

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INERENTES AO PROCESSO

3.1. Princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, LV)

Desde a *Magna Charta Libertatum de 1215*, época do rei João Sem Terra, o princípio do devido processo legal já possuía proteção legal. Essa proteção também estava prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assim diz:

“Art. XI, nº 1. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no que lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”

A Constituição Cidadã tratou do tema de forma expressa, o que a diferencia

dos demais textos constitucionais.

O princípio do devido processo legal atual em duas frentes. A primeira, na esfera material de proteção ao direito de liberdade; já a segunda, na esfera formal, assegurando “paridade de armas” ou de condições com o Estado-persecutor, como, direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado por juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal.

3.2. Princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV, LV)

Deste princípio decorre outros dois princípios, o da ampla defesa e do contraditório, estes com guarida no art. 5º, inc. LV, da CF/88, que assim dispõe:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Veja que até mesmo no campo administrativo onde não há adequação perfeita do fato a norma, a acusação da prática de um ilícito administrativo não pode ser tão ampla a ponto de dificultar ou impossibilitar o direito de defesa. Assim, em todo e qualquer procedimento, administrativo ou judicial, para aplicação de qualquer sanção, deverá ser observada a amplitude de defesa.

Ampla defesa é, nas palavras do prof. Fernando Capez,

“o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor), e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Desse princípio também decorre a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar.”

No mesmo sentido é o mestre Nelson Nery Jr.²⁰,

²⁰ NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Revistas

“o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, que significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório”.

O princípio da ampla defesa tem por escopo assegurar a todo e qualquer acusado a faculdade de não só se defender, mas também de produzir provas, carregando-as para o processo no intuito de alcançar a verdade. Faz o papel do contrapeso na balança, pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito para a defesa, assim, como há o direito de ação também há o direito de reação, e esse ato contrário é conhecido como *par conditio*.

3.3. Princípio do juiz natural (Art. 5º, XXXVII e LIII)

O princípio do juiz natural, bem como do promotor natural possuem sede constitucional, encontrando guarida no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII.

Estes princípios atuam como garantias indispensáveis aos cidadãos contra as investidas ilegais ou arbitrárias do Estado.

A vedação a criação de tribunais de exceção é uma garantia do Estado Democrático de Direito, garantindo que ninguém será julgado por uma Corte criada especialmente para aquele caso, mas sim, por um juiz constitucionalmente investido no cargo, detentor de prerrogativas e garantias.

O juiz natural é aquele devidamente investido no cargo, competente, independente, representante do Poder Judiciário, investido em todas as garantias e prerrogativas do cargo. Assim, afirma Celso de Mello²¹ que somente os juízes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos na Constituição se identificam ao juiz natural, princípio que

dos Tribunais, 1995.

²¹ MELLO FILHO, José Celso. *A tutela judicial da liberdade*. RT 526/291.

se estende ao poder de julgar também previsto em outros órgãos, como o Senado nos casos de impedimento de agentes do Poder Executivo.

O princípio atua como garantia indispensável aos cidadãos contra as investidas ilegais ou arbitrárias do Estado, já que assegura ao indivíduo a atuação imparcial do Poder Judiciário na apreciação das questões postas em juízo. obsta que, por arbitrariedade ou casuísmo, seja estabelecido tribunal ou juízo excepcional, bem assim seja conferida competência não prevista constitucionalmente a quaisquer órgãos julgadores.

O juiz natural é aquele devidamente investido no cargo, competente, independente, representante do Poder Judiciário, investido em todas as garantias e prerrogativas do cargo. Assim, afirma Celso de Mello²² que somente os juízes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos na Constituição se identificam ao juiz natural, princípio que se estende ao poder de julgar também previsto em outros órgãos, como o Senado nos casos de impedimento de agentes do Poder Executivo.

O referido princípio deve ser interpretado, em sua plenitude, de forma a proibir-se, não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador.

A exigência de imparcialidade não está ligada, entretanto, a uma suposta exigência de neutralidade do juiz. Esta última qualidade é absolutamente impossível de se alcançar, uma vez que o juiz, como qualquer ser humano, exerce seu trabalho embasado em razão e emoção. O raciocínio do juiz tem necessariamente premissas que só ele conhece inteiramente, as quais têm índole ideológica, cultural, econômica, religiosa etc. A neutralidade pode levar o juiz a uma posição passiva, de mero espectador do processo, esperando que as partes se digladiem para, só após, e com base estritamente nos elementos trazidos ao processo pelas partes, proferir sua decisão. Tal comportamento não

²²MELLO FILHO, José Celso. A tutela judicial da liberdade. **RT 526/291**.

está de acordo com as exigências do processo moderno, em que se quer um juiz dirigente e participativo, capaz de guiar o processo em busca da verdade, com poderes reais de direção do processo.

Como adverte Alexandre de Moraes, “o juiz deve ser imparcial, sem ser neutro”. A imparcialidade que se espera do juiz é a que resulta da ausência de qualquer interesse pessoal do juiz na solução da demanda a ele apresentada. O juiz deve ser alguém estranho às partes, sob pena de se desobedecer o princípio do juiz natural, que exige não só um órgão com competência constitucional preestabelecida, mas também um juiz imparcial, sob pena de se violar a garantia do processo justo.

É importante salientar que o princípio do juiz natural, como mandamento constitucional, aplica-se, no processo civil, somente às hipóteses de competência absoluta, já que preceito de ordem pública. Assim, não se pode admitir a existência de mais de um juiz natural. A competência cumulativa ou alternativa somente é compatível com os critérios privatísticos de sua fixação, isto é, em se tratando de competência relativa.

Costuma-se salientar que o princípio do juiz natural se traduz no seguinte conteúdo: a) a exigência de determinabilidade, consistente na prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais, isto é, a pré-Constituição do direito italiano (art. 25, CF italiana); b) garantia de justiça material (independência e imparcialidade dos juízes); c) fixação da competência, vale dizer, o estabelecimento de critérios objetivos para a determinação da competência dos juízes; d) observância das determinações de procedimento referentes à divisão funcional interna.²³

O que se pretende coibir com a regra do inciso XXXVII do art. 5º da Constituição Federal é a criação de órgãos judicantes para o julgamento de questões ex post facto ou ad personam, salvo as exceções estatuídas na própria Constituição.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2ª ed. Coimbra, vol. 1, anotação n. X ao art. 32, p. 218-219; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. vol. 2, p. 205.

3.4. Princípio da imparcialidade do juiz

A efetiva prestação jurisdicional tem, como um de seus pressupostos basilares, a imparcialidade do magistrado, o que a doutrina nominou de capacidade subjetiva do órgão jurisdicional. Tendo em vista o caráter substitutivo inerente à jurisdição, a válida instauração da relação processual reclama que o julgador se posicione um plano acima das partes, sem qualquer tipo de envolvimento com as mesmas.

Neste contexto, frise-se que foi justamente no escopo de resguardar a lisura da atuação do magistrado que a Constituição da República, em seu art. 95, assegura-lhe as garantias da irredutibilidade de subsídio, inamovibilidade e vitaliciedade (art. 95, parágrafo único), bem como veda expressamente, no capítulo concernente às garantias individuais, a criação de tribunais de exceção (art. 5º, inciso XXXVII), tudo no desiderato de garantir a justeza e lisura da relação processual.

Impende salientar que, por força do consagrado princípio constitucional do Juiz Natural, torna-se absolutamente rechaçada qualquer hipótese de instituição de Tribunais por conveniências privadas, a saber, os tribunais de exceção.

Nessa primeira acepção, o princípio do juiz natural apresenta um *duplo significado*: no primeiro consagra a norma de que só é juiz o órgão investido de jurisdição (afastando-se, desse modo, a possibilidade de o legislador julgar, impondo sanções penais sem processo prévio, através de leis votadas pelo Parlamento, muito em voga no antigo direito inglês, através do *bill of attainder*); no segundo impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção, para o julgamento de causas penais ou civis.

Mas as modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele englobam a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente. Desse modo, a garantia desdobra-se em três conceitos: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do

fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja. A Constituição brasileira de 1988 reintroduziu a garantia do *juiz competente* no art. 5º, inc. LIII.

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial: e o Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.

As organizações internacionais também se preocupam em garantir ao indivíduo a imparcialidade dos órgãos jurisdicionais competentes.

Como só a jurisdição subtraída a influências estranhas pode configurar uma justiça que dê a cada um o que é seu e somente através da garantia de um juiz imparcial o processo pode representar um instrumento não apenas técnico, mas ético também, para a solução dos conflitos interindividuais com justiça, o moderno direito internacional público coloca sob sua garantia os direitos primordiais do homem, inerentes à personalidade humana; entre eles, o direito ao juiz imparcial.

3.5. Princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, XXXV)

De acordo com a lição do saudoso Pontes de Miranda, cuida-se do princípio da ubiquidade da Justiça, também conhecido como livre acesso ao Poder Judiciário, direito de ação ou da inafastabilidade da jurisdição, e encontra-se previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988.

Criticamos a forma indireta de apresentação da garantia ao direito à jurisdição - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” - prescrita no art. 5.º, XXXV, da CF/88.

Essa fórmula indireta surgiu, provavelmente, como reação a atos arbitrários que, aproveitando a inexistência de prescrição constitucional expressa (lembrar que referido direito só adquiriu o status de preceito constitucional com a Constituição de 1946), muitas vezes, por intermédio de lei ou Decreto-lei, excluíram da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito.

Muito melhor seria se referido princípio fosse prescrito na forma direta, como se verifica, dentre outras, nas constituições da Itália, Alemanha, Portugal, Espanha, na Declaração Universal dos Direitos Humanos etc.

Conforme já observamos, apesar desta crítica terminológica, o art. 5.º, XXXV, da CF/88 veio sedimentar o entendimento amplo do termo “direito”, dizendo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não mais restringido a sua amplitude, como faziam as Constituições anteriores, ao “direito individual” (vide arts. 141, § 4.º, da CF/46; 150, § 4.º da Constituição de 1967; 153, § 4.º, da EC n. 1/69; 153, § 4.º, na redação determinada pela EC n. 7/77) A partir de 1988, passa a se assegurar, de forma expressa e categórica, em nível constitucional, a proteção de direitos, sejam eles privados, públicos ou transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos).

Prefere-se, ainda, seguinte a doutrina mais abalizada, a expressão “acesso à ordem jurídica justa” a “acesso à Justiça” ou “ao Judiciário”.

Isso porque, segundo a feliz distinção de Watanabe, “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à *ordem jurídica justa*”.

Cappelletti e Garth, nesse sentido, produziram interessante ensaio para o “Projeto de Florença”, identificando três grandes ondas renovatórias no processo evolutivo de acesso à ordem jurídica justa. A primeira onda teve início em 1965, concentrando-se na assistência judiciária. A segunda referia-se às “... reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses 'difusos', especialmente nas áreas da proteção

ambiental e do consumidor”. O terceiro movimento ou onda foi pelos autores chamado de 'enfoque de acesso à justiça', reproduzindo as experiências anteriores, mas indo além, buscando “...atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”.

As expressões “lesão” e “ameaça a direito” garantem o livre acesso ao Judiciário para postular tanto a tutela jurisdicional preventiva como a repressiva.

Apesar de ter por destinatário principal o legislador (que ao elaborar a lei não poderá criar mecanismos que impeçam ou dificultem o acesso ao Judiciário), também se direciona a todos, de modo geral.

Não se confunde com o direito de petição (já visto no art. 5.º XXXIV, “a”), este último um direito de participação política onde não é necessário demonstrar-se qualquer interesse processual ou lesão a direito pessoal. “Enquanto o direito de ação é um direito público subjetivo, pessoal, portanto, indetermináveis e indeterminados, respectivamente, o direito de petição, por ser político, é impessoal, porque dirigido à autoridade para noticiar a existência de ilegalidade ou abuso de poder, solicitando as providências cabíveis”.

Em decorrência do princípio em análise, não mais se admite no sistema constitucional pátrio a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, conforme se verificava no art. 153, § 4.º, da CF/69, na redação dada pela EC n. 7, de 13.04.1977. Para se ingressar (“bater às portas”) no Poder Judiciário não é necessário, portanto, o prévio esgotamento das vias administrativas.

Exceção a esta regra, a este direito e garantia individual (cláusula pétrea), só admissível se introduzida pelo poder constituinte originário, conforme acontece com a justiça desportiva (art. 217, §§ 1.º e 2.º).

Como veremos ao estudar o *habeas data*, situação semelhante também foi estabelecida pela Lei n. 9.507/97. Remetemos o leitor para o referido estudo (Capítulo 14, item 14.9 - “Remédios constitucionais”), onde expomos nosso entendimento sobre este ponto específico da matéria.

Por fim, a permissibilidade estabelecida na Lei n. 9.307/96 (Lei da Arbitragem), para as pessoas capazes de contratar valerem-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, submetendo a solução do litígio a juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem. Pois bem, com o estabelecimento do referido compromisso não se abre mão do direito de ação, mas apenas institui-se opção por uma jurisdição privada.

Lembre-se que não se estabelece uma arbitragem obrigatória, mas facultativa (ficando a cargo das partes escolher a solução da lide por juiz estatal ou privado) e, mesmo havendo o compromisso arbitral, as partes podem ir ao Judiciário e alegar a exceção do compromisso arbitral, garantido-se, assim e pelo exposto, o princípio em análise.

3.6. Princípio da persuasão racional do juiz

De acordo com o presente princípio, o devido processo legal insculpido na Carta Cidadão de 1988, o magistrado deve formar seu convencimento pela livre e racional apreciação da prova, fundamentando sua decisão com os elementos coligidos durante a instrução e regularmente carreados aos autos. Encontra-se entre as teorias da prova tarifada, ou legal, e da apreciação *secundum conscientiam*.

O primeiro (prova legal) significa atribuir aos elementos probatórios valor inalterável e prefixado, que o juiz aplica mecanicamente. O segundo coloca-se no pólo oposto: o juiz pode decidir com base na prova dos autos, mas também sem provas e até mesmo contra a prova. Exemplo do sistema da prova legal é dado pelo antigo processo germânico, onde a prova representava, na realidade, uma invocação a Deus. Ao juiz não competia a função de examinar o caso, mas somente a de ajudar as partes a obter a decisão divina; a convicção subjetiva do tribunal só entrava em jogo com relação à atribuição de prova. O princípio da prova legal também predominou largamente na Europa, no direito romano-canônico e no comum, com a determinação de regras aritméticas e de uma complicada doutrina envolvida num sistema de presunções, na

tentativa da lógica escolástica de resolver tudo *a priori*.

O princípio *secundum conscientiam* é notado, embora com certa atenuação, pelos tribunais do júri, compostos por juízes populares.

A partir do século XVI, porém, começou a delinear-se o sistema intermediário do *livre convencimento do juiz*, ou da persuasão racional, que se consolidou sobretudo com a Revolução Francesa.

O código napoleônico de processo civil acolheu implicitamente o mesmo princípio. Mas sobretudo com os estatutos processuais da Alemanha e Áustria que o juiz se libertou completamente das fórmulas numéricas. O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, arts. 131 e 436; CPP, arts. 157 e 182)

Essa liberdade de convicção, porém, não equivale à sua formação arbitrária: o convencimento deve ser *motivado* (Const., art. 93, inc. IX; CPP, art. 381, inc. III; CPC, arts. 131, 165 e 458, inc. II), não podendo desprezar as regras legais porventura existentes (CPC, art. 334, inc. IV; CPP, arts. 158 e 167) e as *máximas de experiência* (CPC, art. 335)

O princípio do livre convencimento do juiz prende-se diretamente ao sistema da *oralidade* e especificamente a um de seus postulados, a imediação.

3.7. Princípio da motivação das decisões judiciais

Inerente a publicidade e ao controle popular acerca da função judicante estatal,

este relevante princípio disciplina a indispensável motivação de toda decisão judicial (art. 93, inc. IX, da Constituição Federal).

Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação (CPP, art. 381; CPC, art. 165 c/c art. 458; CLT, art. 832)

Mais modernamente, foi sendo salientada a *função política* da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julga eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.

Por isso, diversas Constituições – como a belga, a italiana, a grega e diversas latino-americanas – haviam erguido o princípio da motivação à estrutura constitucional, sendo agora seguidas pela brasileira de 1988, a qual veio adota em norma expressa (art. 93, inc. IX) o princípio que antes se entendia defluir do §4º do art. 153 da Constituição de 1969.

Bem andou o constituinte ao explicitar a garantia da necessária motivação de todas as decisões judiciárias, pondo assim cobro a situações em que o princípio não era observado. A Constituição de 1988 cuidou também de impedir a exigência da *arguição de relevância*, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário – seu art. 102 não formula exigência e não deixa ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, como na Carta precedente se deixava, a permissão de formulá-la. A emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, veio repriminar a antiga *arguição de relevância*, agora com a exigência da *repercussão geral* para que o recurso extraordinário – mas, à luz do disposto do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, seria constitucionalmente legítima alguma disposição legal ou regimental que viesse dispensar a motivação nas decisões a esse respeito.

3.9. Princípio da publicidade

O princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. Em última análise, o povo é o juiz dos juízes. E a responsabilidade das decisões judiciais assume outra dimensão, quando tais decisões há de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo.

“A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. (Art. 5º, LX, CF)

Para BECHARA e CAMPOS, o princípio da publicidade “*visa dar transparência aos atos praticados durante a persecução penal, de modo a permitir o controle e a fiscalização, e evitar os abusos*”. Mas, como eles continuam, a publicidade absoluta pode acarretar, às vezes, situações não desejadas, como sensacionalismo, desprestígio para o réu (ou até mesmo para a vítima) e, em casos extremos, convulsão social.

Nesses casos, a lei permite restrições à publicidade, como nas hipóteses dos artigos 792, § 1º, 476, 481, 482 e 272 do Código de Processo Penal, e nos casos descritos pelo artigo 155 do Código de Processo Civil.

3.9. Princípio da efetividade da jurisdição

A prestação da tutela jurisdicional está vinculada à efetividade do processo, traduzindo-se como afirmativa de que ele deve ser instrumento capaz de solucionar, de modo satisfatório, um litígio.

No ensinamento de Moniz Aragão²⁴ efetividade “traduz preocupação com a eficácia da lei processual, com sua aptidão para gerar efeitos que dela é normal esperar”.

William Santos Ferreira observa que

para a adequada compreensão e até materialização dos almejados ‘acesso à ordem jurídica justa’ – ‘instrumentalidade’ – ‘efetividade’, é impossível o seu tratamento de maneira individualizada. Falar de acesso à ‘ordem jurídica justa’ é justamente tratar dos temas ligados à ‘instrumentalidade e à efetividade’.²⁵

Além de estar vinculada à questão do acesso pleno e efetivo à justiça, hoje elencado entre os direitos fundamentais, a efetividade está diretamente ligada à questão da celeridade processual. Há muito se reconhece que justiça tardia não é justiça, tal é a promessa do inc. LXXVIII, do art. 5.º, da Constituição Federal de 1988, quando assegura a todos, no âmbito judicial ou administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A doutrina é pródiga em afirmar a direta relação entre a realização efetiva do direito e a agilidade com que o sistema é capaz de torná-lo realidade. Segundo Carlos Alberto Garbi, a efetividade é “a realização do direito em caso concreto trazido à apreciação do Poder Judiciário”²⁶.

Moniz Aragão²⁷ também relaciona a idéia de efetividade à de celeridade, delineando como desiderato do Judiciário o oferecimento “a bom tempo do resultado prático que a aplicação das refinadas teorias deve proporcionar a quem necessita do processo judicial”.

No mesmo sentido, Donaldo Armelin preceitua que a

efetividade do processo está umbilicalmente vinculada a sua rapidez e

²⁴ ARAGÃO, Moniz. Efetividade do processo de execução. **Revista Forense**, vol. 326, p. 33.

²⁵ FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 46.

²⁶ GARBI, Carlos Alberto. Tutela jurisdicional diferenciada e efetividade do processo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 782, p. 48-67.

²⁷ ARAGÃO, Moniz. O processo civil no liminar de um novo século. **Revista Forense**, v. 353, p.54.

celeridade em propiciar uma prestação de tutela jurisdicional eficaz. A morosidade nessa prestação sempre foi uma questão a desafiar a argúcia e o talento dos cientistas do processo e dos legisladores.²⁸

José Roberto dos Santos Bedaque²⁹ observa que “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.”

Maria Helena Diniz bem precisa a questão:

A ação é meio que o titular do direito tem para obter a atuação do Judiciário, no sentido de solucionar litígios relativos a interesses jurídicos. Se inexistisse esse modo de assegurar o direito ameaçado ou violado, seu titular teria de fazer justiça com as próprias mãos, se não quisesse a impunidade do que praticou a ilicitude, o que está vetado em nosso direito (...). A lei confere ao Poder Judiciário o direito de decidir as demandas, atribuindo aos juízes o poder de julgar; logo, quem tiver seu direito ameaçado ou violado deverá entrar em juízo, por meio de ação, para obter a tutela jurisdicional. Este artigo vem conferir ao titular do direito substantivo o poder de exigir e obter proteção contra qualquer ofensa ilicitamente feita, mediante o emprego da ação judicial, invocando a autoridade judiciária, órgão estatal competente para conhecer das pretensões e garanti-las. A ação asseguradora do direito, de que fala o artigo ora comentado [art. 75, CC 1916], constitui o meio de satisfazer a pretensão de proteção jurídica de seu titular nele contida. A pretensão jurídica contida no direito subjetivo seria o pressuposto para que se invoque o pronunciamento judicial e se obtenha a ordem assecuratória oriunda da sentença.³⁰

Cândido Rangel Dinamarco, citando Chiovenda, elucida a questão da seguinte forma:

Aqui está a síntese de tudo. É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de ‘alterar o mundo’, ou seja, de conduzir as pessoas à ‘ordem jurídica justa’. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e

²⁸ ARMELIN, Donaldo. Acesso à justiça. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, jun./1989, v. 31, p. 172-173.

²⁹ BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. São Paulo: Ed. Saraiva, p. 86-87.

as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica.³¹

A efetividade é, portanto, a aptidão do processo judicial em dar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo a que tem direito e precisamente aquilo a que tem direito.

Para José Carlos Barbosa Moreira³², o conceito de efetividade é uma noção abrangente, que comporta dose inevitável de fluidez. Já traçava o renomado processualista, há mais de vinte anos, um “programa básico” em prol da efetividade, que pela sua importância deve fazer parte de qualquer pesquisa processual. Segundo o autor: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem), contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus, segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energia.

Barbosa Moreira³³ alerta, porém, que a busca da efetividade do processo está sujeita a alguns riscos:

a) que não se pode cair na tentação de arvorar a efetividade como um valor absoluto, o que poderia abicar na falsa perspectiva que nada

³¹ DINAMARCO, op. cit., p. 297.

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade e técnica processual. **Revista Forense**, n.º 329, p.97.

³³ ibidem, p. 97.

importaria mais senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta; b) que não se pode romper o equilíbrio do sistema, hipertrofiando uma peça em detrimento das restantes; c) que não se pode desvalorizar o passado próximo, renegando a técnica e o trabalho que nos trouxe até os valores atuais.

A efetividade da tutela jurisdicional tem como pressuposto indissociável a tempestividade, o que significa dizer que a efetividade do processo pressupõe o direito à obtenção da tutela judicial dentro de um prazo razoável, compatível e proporcional à sua complexidade, sem que haja dilações indevidas.

Para José Roberto dos Santos Bedaque³⁴, efetividade, celeridade e economia processual “são importantíssimos princípios processuais relacionados diretamente com a promessa constitucional de acesso à Justiça.”

Luiz Roberto Barroso assevera que

a efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.³⁵

Acerca da efetividade, esclarece Rafael Caselli Pereira³⁶, estudos doutrinários estabelecem que as tendências contemporâneas no campo do direito processual civil se devem à profunda modificação que todas as sociedades sofreram nas últimas décadas, e que é resultado da evolução que essas sociedades sofreram nos últimos séculos. Isso se deu porque era extremamente diferente a função do processo civil antes dessa evolução em comparação com a época atual, já que antigamente, o processo era circunscrito à tutela do direito subjetivo, de maneira que o evoluir processual foi enorme no mundo

³⁴ BEDAQUE, op. cit., p. 50.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed., atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 85.

³⁶ PEREIRA, Rafael Caselli. A compatibilidade do princípio dispositivo e o da imparcialidade com a iniciativa probatória do juiz. Disponível em <https://www.ccradvocacia.com/artigo002.pdf>. Acesso em 15.02.2008

interior, devido especialmente à ampliação do espectro de sua função, dado que o processo civil emergente ou contemporâneo aos tempos da Revolução Francesa era eminentemente individualista: era um tipo instrumental feito para o indivíduo, enquanto considerado isoladamente, ou seja, unicamente como indivíduo.

Cássio Scarpinella Bueno observa que por “efetividade”, deve-se entender a necessidade de redução do binômio “direito e processo”; trata-se de reconhecer o processo como mero instrumento de e para a realização concreta do direito material.³⁷ A exemplo de Barbosa Moreira, ele traça alguns aspectos que devem ser observados no que toca à “efetividade do processo” que, segundo ele, deve se entender fundamentalmente o seguinte: 1) busca pela efetividade da jurisdição e por um processo civil de resultados (assim, p. ex., o chamado “estatuto da tutela específica” dos arts. 461 e 461- A); 2) correlato fortalecimento dos poderes do juiz em busca dessa efetividade; 3) técnicas de elaboração de prestação da tutela jurisdicional (julgamento antecipado da lide; antecipação da tutela; execução por títulos extrajudiciais e processo monitório, p. ex.); 4) técnicas de compatibilização entre a cognição judicial e as diversas situações de direito material para melhor realizar o direito material; 5) ampliação à legitimidade ativa para a tutela de direitos e interesses coletivos (especificamente a correlação entre a LACP e o CDC).

Quando se fala em efetividade e acesso à justiça, inúmeros aspectos devem ser levados em consideração nos campos político, cultural, legal e até mesmo quanto à infra-estrutura de que dispõe o Judiciário.

A intempestividade da tutela desprestigia o Poder Judiciário e todos os operadores do direito. O valor que o tempo tem para o processo é imenso e, em grande parte, desconhecido.

³⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10. Segundo o autor, “(...) é daí que vem os ‘procedimentos especiais’ ou, mais amplamente, a ‘tutela diferenciada’. É daí, também, que vem o assento constitucional e de direito positivo para o processualista voltar-se a preocupações que estão fora do processo; para a busca de finalidades que são exteriores ao processo, mormente em um modelo de Estado Social, Democrático como é o brasileiro”.

Bielsa e Graña, citados por Cruz e Tucci³⁸, lecionam que:

Um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos. E, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão.

A presteza da atividade jurisdicional constitui aspecto fundamental para o acesso à justiça, pois a demora exagerada na solução dos litígios atinge muito mais aqueles que não têm recurso para suportar a espera.

Relembre-se aqui a máxima de Chiovenda, no sentido de que “Na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter”.³⁹ Por isso, Fredie Didier⁴⁰ diz que esse princípio também pode ser designado de princípio da máxima coincidência possível.

Conforme já alertado pela doutrina moderna, a referida noção de Chiovenda não basta ao processualista moderno. É preciso preocupar-se com o fato de que os direitos devem ser assegurados, sim, mas de forma mais ágil, célere e eficaz, com o menor dispêndio de tempo e de recurso que seja possível, traduzindo uma preocupação social.

Após todas estas considerações, verifica-se que, em tempos hodiernos, busca-se um provimento jurisdicional que atenda satisfatoriamente a todos os direitos e garantias assegurados no ordenamento jurídico. Em outras palavras, por princípio da efetividade deve ser entendida a consagração do resultado processual⁴¹, realizado em

³⁸ Rafael Bielsa, Eduardo Graña. apud José Rogério Cruz e Tucci, **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 65.

³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. 3, 1ª ed., Campinas: Bookseller, 1998.

⁴⁰ DIDIER, op. cit., p. 39

⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo civil**. v. 1, São Paulo: Ed. Saraiva, p. 18: “O processo civil, sabemos todos, tem que ser ‘efetivo’. E por ‘efetividade do

tempo razoável e assegurados todos os meios de defesa inerentes ao direito de quem recorre ao Judiciário.

3.10. Princípio da razoável duração do processo

A nominada reforma do Poder Judiciário, introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que incluiu entre as garantias individuais do cidadão o inciso LXXCIII (art. 5º), inseriu no art. 5º da Constituição da República um novo inciso (LXXCIII): “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Desta feita, assentou-se expressamente na norma suprema o princípio da razoável duração do processo.

Antes de a legislação brasileira erigir o direito à tutela jurisdicional tempestiva a um princípio de forma expressa, J. J. Gomes Canotilho⁴² já defendia tal idéia sob o argumento de que

não bastaria apenas garantir o acesso aos tribunais, mas sim e principalmente, possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um *acto de jurisdictio*.

Como já dissemos, o acesso à justiça não se esgota no acesso ao Judiciário. A doutrina moderna já defendia que o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário consagrado no inciso XXXV, do art. 5.º, da Constituição Federal, deveria ser interpretado de forma a garantir ao jurisdicionado não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas também que este se desse de forma efetiva, adequada e tempestiva.

processo’ vale destacar que ele deve ser entendido como *meio* de solução de controvérsias, mediante a atuação do Estado; ele tem de produzir resultados práticos e não criar mais problemas e mais dificuldades, além daqueles já apresentados pelos interessados na solução do litígio.”

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª ed. Coimbra, 2003, p. 423.

Nesse tema, José Rogério Cruz e Tucci⁴³ aduz que

a garantia do devido processo legal deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas.

Para este autor, tais exigências estariam insertas em outras garantias, como a do acesso à justiça, a do juiz natural, à isonomia entre as partes, a ampla defesa, publicidade e motivação dos atos judiciais e também, “da tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável”⁴⁴.

O direito de acesso à justiça é também o direito a uma justiça adequadamente organizada, que deve ser assegurado por instrumentos processuais aptos à efetiva realização do direito (Kazuo Watanabe).

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco⁴⁵:

(...) não terá acesso à ‘ordem jurídica justa’ nos casos em que, por fás ou por nefas, sem o processo não possa sequer chegar até ao processo. Nessa visão instrumentalista, que relativiza o binômio direito-processo e procura ver o instrumento pela ótica da tarefa que lhe compete, sente-se o grande dano substancial ocasionado às pessoas que, necessitando dela, acabem, no entanto, ficando privadas da tutela jurisdicional.

Parece claro que o dispositivo constitucional, ora em análise, veio apenas explicitar o que já estava implícito na Constituição, conforme a doutrina pátria já vinha há tempos defendendo, ou seja, que não basta apenas garantir o acesso ao Poder Judiciário e os meios adequados para a defesa (ampla defesa e contraditório), pois para satisfazer o jurisdicionado é preciso ainda que a tutela pleiteada seja conferida dentro de um prazo razoável, sob pena de se tornar inútil.

⁴³ TUCCI, op. cit., p. 88.

⁴⁴ Ibidem, p. 88.

⁴⁵ DINAMARCO, op. cit., p. 283.

Neste sentido, na prestação da tutela jurisdicional deve ser assegurado aos litigantes, além do amplo direito de defesa e contraditório, uma duração plausível.

A questão da demora na prestação jurisdicional é um problema mundial. Outros sistemas jurídicos estrangeiros também vêm se mostrando preocupados com esse problema, introduzindo em seus ordenamentos jurídicos normas para tentar garantir que um processo tramite durante um prazo razoável.

Não é demais destacar que o Pacto de San José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da publicação do Dec. 678, de 09.11.1992, dispõe no art. 8.º, § 1.º, que:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Assim não cabe, portanto, afirmar que a exigência da prestação jurisdicional em um prazo razoável seja uma inovação trazida pela EC n.º 45/2005, pois já era uma decorrência da garantia do acesso à justiça, além de estar previsto no Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

De qualquer forma, o que de importante se extrai da inclusão do dispositivo constitucional é o reforço da intenção de tornar a prestação jurisdicional mais célere e efetiva. Contudo, existe grande dificuldade em identificar precisamente qual deve ser a duração ideal dos processos, mostrando-se impossível, conforme observa José Rogério Cruz e Tucci, “fixar a priori uma regra específica, determinante das violações ao direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável”⁴⁶.

Trata-se de conceito vago ou indeterminado, requerendo um processo intelectual individual, de acordo com a natureza de cada caso.

⁴⁶ TUCCI, op. cit., p. 67.

Nas palavras de Teresa Alvim Wambier⁴⁷, a técnica utilizada é importante, pois:

Para o direito, a técnica consistente no emprego de conceito vago é, por vezes, bastante operativa. Dá-se flexibilidade à atividade do aplicador da lei e possibilita-se maior rendimento à norma (ou ao princípio) jurídica(o). Definir gera segurança, mas cria os inconvenientes limites do espaço negativo. Tem-se, por um lado, a certeza do que está incluído, mas o que está excluído pela definição não pode ser incluído (...).

Consoante posicionamento jurisprudencial da Corte Europeia dos Direitos do Homem, José Rogério Cruz e Tucci aponta três critérios que devem ser levados em consideração, em face de cada caso concreto, a fim de ser apreciado o tempo razoável de um determinado processo. Tais critérios se relacionam com: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores; c) a atuação do órgão jurisdicional.

A partir da análise do processo sob os prismas acima expostos, deixou-se de conceber, como característica primordial das dilações temporais indevidas no processo, a simples inobservância dos prazos processuais prefixados.

José Rogério Cruz e Tucci⁴⁸ prossegue, aduzindo que

(...) é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. É claro que o excesso de trabalho, a pleora de causas, não pode ser considerado como justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional.

Marcelo Lima Guerra, analisando os três critérios acima referidos, sintetiza a noção de duração razoável do processo na seguinte fórmula: “é razoável toda a duração do processo que seja decorrente do indispensável respeito aos direitos fundamentais em jogo, sobretudo os processuais”.

⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 456.

⁴⁸ TUCCI, op. Cit.

Não se olvide que o tempo no processo é necessário ao amadurecimento da causa, viabilizando a tutela jurisdicional justa, oportuna e efetiva. A duração razoável do processo deve levar em conta o tempo suficiente para a adequada instrução processual com as garantias mínimas às partes. Não se admite, portanto, que a pretexto de um processo moroso, seja proferida decisão precipitada que desconsidere o postulado da segurança jurídica, do contraditório e da ampla defesa⁴⁹.

Desse modo, não há que se confundir efetividade com celeridade, já que a segurança jurídica, representada pelas demais garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal, não pode ser olvidada.

3.11. Princípio do duplo grau de jurisdição

Em verdade, cuida-se de princípio implícito na Constituição Federal, motivo pelo qual a doutrina diverge em considerá-lo ou não um princípio de processo constitucional. AMARAL considera esse princípio como a garantia do litigante de poder “*submeter ao reexame das decisões proferidas em primeiro grau, desde que atendidos os requisitos previstos em lei*”; considera-se implícito nos preceitos constitucionais, a partir, por exemplo, dos artigos 5º, § 2º e LV, e artigos 102 e 105 da Constituição Federal.

O duplo grau de jurisdição se faz: na Justiça Comum Estadual: Tribunais de Justiça e de Alçada; na Justiça Federal: Tribunal Regional Federal; na Justiça do Trabalho: Tribunal Regional do Trabalho; na Justiça Eleitoral: Tribunal Regional Eleitoral; na Justiça Militar: Tribunal de Justiça Militar.

⁴⁹ TUCCI, op. cit., p. 65, alerta para a necessidade de que os postulados indicados sejam conciliados com a celeridade exigível na condução do processo. Segundo o autor, “Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo, e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão não se procrastine mais do que o necessário. Obtendo-se um equilíbrio destes dois regramentos – segurança/celeridade –, emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional.”

Também é possível encontrar o terceiro grau de jurisdição, nos casos em que o recurso interposto possibilita acessar o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral, o Superior Tribunal Militar e o Superior Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (que também funcionam como 4º grau de jurisdição nas demandas trabalhistas, eleitorais e militares). (PAULA). São as Cortes de Superposição, que a rigor não devem ser tratadas como graus de jurisdição, porquanto têm a função primordial de tutelarem a ordem Constitucional e a legislação infraconstitucional de âmbito federal.

3.12. Princípio da coisa julgada (art. 5º, XXXVI)

A coisa julgada é a decisão judicial transitada em julgado, ou seja, aquela que não mais comporta recurso.

Com muita propriedade o grande Nelson Nery Jr⁵⁰. assevera:

“Coisa julgada material (*auctoritas rei judicatae*) é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

Coisa julgada formal,

“é a inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida.”

No mesmo sentido é o entendimento do mestre Celso Bastos⁵¹:

“o direito incorpora-se ao patrimônio de seu titular por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial. Daí falar-se em coisa julgada formal e material. Coisa julgada formal é aquela que se dá no âmbito do próprio processo. Seus efeitos restringem-se, pois, a este, não o extrapolando. A coisa julgada material, ou substancial, existe, nas palavras de Couture, quando à condição de inimpugnável no mesmo processo, a sentença reúne a imutabilidade até mesmo em processo posterior (*Fundamentos do direito processual civil*). Já para Wilson de Souza

⁵⁰ NERY JR., Nelson, ANDRADE NERY, Rosa Maria de, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9 ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2006.

⁵¹ Ob. cit.

Campos Batalha, coisa julgada formal significa transitada em julgado, isto é, preclusão de todas as impugnações, e coisa julgada material significa o bem da vida, reconhecido ou denegado pela sentença irrecorrível. O problema que se põe, do ângulo constitucional, é o de saber se proteção assegurada pela Lei Maior é atribuída tão-somente à coisa julgada material ou também à formal. O art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal, não faz qualquer discriminação; a distinção mencionada é feita pelos processualistas. A nosso ver, a Constituição assegura uma proteção integral das situações de coisa julgada”.

3.13. Princípio da celeridade processual (Art. 5º, LXXIII)

A Constituição Federal de 1988, com a EC 45 de 2004, teve o rol dos direitos e garantias fundamentais aumentado, tendo sido incluído o inciso LXXVIII, que traz em seu cerne o princípio da celeridade processual. Assim preceitua o dispositivo:

a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Há quem entenda, como prof. Alexandre de Moraes⁵², que tal provisão já existia implicitamente no texto constitucional, vejamos:

“Essas provisões – *razoável duração do processo e celeridade processual* -, em nosso entender, já estavam contempladas no texto constitucional, seja na consagração do princípio do *devido processo legal*, seja na previsão do *princípio da eficiência* aplicável à Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).”

Desta forma, tanto os processos administrativos quanto nos judiciários devem observar uma maior rapidez, celeridade, mas sem esquecer das balizas legais, combinando assim qualidade e eficácia.

Deve-se ainda ressaltar, que a EC 45/2004 também criou o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, com o intuito de dar maior transparência ao Judiciário, assim como segurança em suas decisões. Esta emenda também instituiu a Escola Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério

⁵² ob. cit.

Público, aumentando assim a qualidade e confiabilidade da atividade jurisdicional.

3.14. Princípio da vedação das provas ilícitas (art. 5º, LVI)

A Carta Magna de 1988 traz expressa em seu art. 5º, inc. LVI, a vedação segundo a qual

“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

As provas ilícitas constituem espécie das chamadas provas vedadas, constituindo uma garantia em relação às investidas do Estado.

Nesta seara, a prova ilegal é o gênero, sendo que não se confunde com suas espécies, as provas ilícitas e ilegais ou ilegítimas. O renomado prof. Alexandre de Moraes⁵³ com muita sabedoria apresenta as diferenças,

“Enquanto, conforme já analisado, as *provas ilícitas* são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as *provas ilegítimas* são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as *provas ilegais* seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.”

Ressalte-se que há muito a jurisprudência das Cortes superiores, bem como a doutrina vem mitigando o princípio da vedação das provas ilícitas, evitando-se lesão a bens jurídicos maiores. Essa ponderação de valores é realizada com fulcro no princípio da proporcionalidade, momento em que o princípio da vedação das provas ilícitas cede espaço, em caráter excepcional, para bens jurídicos de maior importância.

Ainda nesta seara, mister se faz destacar que o princípio da proporcionalidade somente deve ser aplicado para beneficiar o réu, ou seja, *pro reo*, nunca *pro societate*, consagrando o princípio do estado de inocência.

⁵³ ob. cit.

Assim, o intérprete deve sopesar os bens jurídicos em jogo e decidir sobre a aplicação .

3.14.1 Provas derivadas das provas ilícitas

O importante julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de um ex-Presidente da República voltou a analisar a questão importantíssima sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas e sobre possível contaminação das chamadas provas derivadas das provas ilícitas. A Constituição, em seu art. 5º, LVI, consagra a *inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas* que, conforme já definidas, são aquelas já colhidas em infringência às normas do direito material (por exemplo: inviolabilidade domiciliar, telefônica, direito à intimidade, ao sigilo etc). Ocorre que o fato de o Supremo Tribunal Federal não admitir, de longa data, as provas ilícitas não tem o condão de gerar nulidade de todo o processo, pois, como ressalta o Ministro Moreira Alves, a previsão constitucional não afirma serem nulos os processos em que haja prova obtida por meios ilícitos.

Não havendo nulidade processual, devemos delimitar a consequência da inadmissibilidade de uma prova ilícita, definindo se haverá contaminação de todas as demais provas dela resultantes ou somente desqualificação desta para o julgamento da causa.

O Supremo Tribunal Federal, em duas decisões plenárias e importantíssimas, havia decidido pela inaplicabilidade da doutrina do *fruits of the poisonous tree* (fruto da árvore envenenada), optando pela prevalência da incomunicabilidade da ilicitude das provas.

No referido julgamento, envolvendo o ex-Presidente, o tribunal rejeitou a tese da defesa, relativamente à repercussão da prova inadmissível sobre as demais, vencido o Ministro Celso de Mello e, em menor extensão, os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, determinando, pois, que continuam válidas as eventuais

provas decorrentes das provas consideradas ilícitas. Confirmou essa decisão plenária posição anterior, em que participaram todos os ministros, que, igualmente, admitiu a *validade de provas derivadas das provas ilícitas*. Nesta decisão, votaram pela licitude das provas decorrentes das provas ilícitas os Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sidney Sanches, Néri da Silveira, Octávio Gallotti e Moreira Alves.

Importante ressaltar que esse julgamento do HC 69.912-0-RS, que primeiramente indeferiu a ordem, por seis votos a cinco, entendendo pela *incomunicabilidade da ilicitude da prova ilícita às provas derivadas*, acabou sendo anulado pela declaração posterior de impedimento de um dos ministros. Em novo julgamento, deferiu-se a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, uma vez que o empate favorece o paciente, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente. O fato de ter sido concedida a ordem, naquele momento, não alterou a posição da maioria (6 votos a 5) da Corte, pela inadmissibilidade da prova derivada da ilícita, uma vez que não haveria sua contaminação pela comunicabilidade da ilicitude, afastando-se a *fruits of the poisonous tree*.

O que poderia ser uma definição jurisprudencial (6 votos a 5), novamente transformou-se em dúvida, pois, com a aposentadoria do Ministro Paulo Brossard, adepto da incomunicabilidade da prova ilícita (“...não me parece seguro concluir que, quando a escuta tivesse sido ilegal e, por consequência, ilícita a prova obtida por seu intermédio, toda a prova ficasse contaminada e imprestável...” - voto no HC 69.912-0-RS), a questão tornou-se pendente de futuro pronunciamento, já com a participação do Ministro Maurício Corrêa, para definir-se a posição da mais alta Corte Judiciária brasileira na questão do *fruits of the poisonous tree*.

Essa definição foi tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, invertendo a antiga maioria (6X5), adotou em relação às provas derivadas das provas ilícitas a teoria do *fruits of the poisonous tree*, ou seja, pela comunicabilidade da ilicitude

das provas ilícitas a todas aquelas que dela derivarem.

Em conclusão, a atual posição majoritária do Supremo Tribunal Federal que a prova ilícita originária *contamina* as demais provas dela decorrentes, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada.

Em conclusão, as provas ilícitas, bem como todas aquelas delas derivadas, são constitucionalmente inadmissíveis, devendo, pois, serem desentranhadas do processo, não tendo, porém, o condão de anulá-lo, permanecendo válidas as demais provas lícitas e autônomas delas não decorrentes.

3.15. Princípio da presunção de inocência ou estado de inocência (art. 5º, LVII)

A Constituição Federal estabelece que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*, consagrando a presunção de Inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.

Dessa forma, há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal.

A consagração do princípio da inocência, porém, não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que continua sendo, pacificamente, reconhecida pela jurisprudência, por considerar a legitimidade jurídico-constitucional da prisão cautelar, que, não obstante a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade dos réus, pode validamente incidir sobre seus *status libertatis*. Dessa forma, permanecem válidas as prisões temporárias, em flagrante, preventivas, por pronúncia, e por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado.

Em relação a essa última hipótese, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por seis votos contra cinco, entendeu que a regra do art. 594 do CPP (“o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão) continua em vigor, “não tendo sido revogada pela presunção de Inocência do art. 5º, LVIII, da CF – que, segundo a maioria, concerne à disciplina do ônus da prova, nem pela aprovação, em 28.05.92, por decreto-legislativo do Congresso Nacional, do Pacto de S. José da Costa Rica”. O mesmo entendimento é partilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, que sumulou a questão: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. (Súmula 9).

Anote-se, ainda, que a existência de recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça ou de recurso extraordinário encaminhado ao Supremo Tribunal Federal, ainda pendentes de apreciação, não assegura ao condenado o direito de aguardar em liberdade o julgamento de qualquer dessas modalidades de impugnação recursal, porque despojadas, ambas, de eficácia suspensiva (Lei 8.038/90, art. 27, §2º).

Diversamente, porém, o lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5º, inciso LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios.

3.16. Princípio do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo), não auto-incriminação, Direito ao silêncio (Art. 5º, inc. LXIII)

Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio e à não auto-incriminação não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em Juízo, como impede que seja ele compelido a produzir ou contribuir com a

formação da prova contrária ao seu interesse. Nessa última hipótese, a participação do réu somente poderá ocorrer em casos excepcionalíssimos, em que, além da previsão expressa em lei, não haja risco de afetação aos direitos fundamentais da pessoa.

O direito ao silêncio deflui da regra constitucional prevista no art. 5º, LXIII, da CF, e implicou a imediata revogação do disposto nos arts. 186 e 198 do Código de Processo Penal, pela simples e bastante razão de não se poder atribuir qualquer forma de sanção a quem esteja no exercício de um direito a ele assegurado em lei.

Desse modo, também a condução *coercitiva* prevista na primeira parte do art. 260 do CPP, quando determinada para simples interrogatório – meio de defesa, no qual o acusado não é obrigado a prestar qualquer informação, nem tem qualquer compromisso com a verdade – é de se ter por *revogada*, por manifesta incompatibilidade com a garantia do silêncio.

De outro lado, a não-exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação da prova a ele contrária decorre, além do próprio sistema de garantias e franquias públicas instituído pelo constituinte de 1988, de norma expressa prevista no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, integrada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

A garantia do direito ao silêncio e da não-incriminação, bem como aquelas instituídas para a tutela da intimidade, privacidade e dignidade, tais como constam do disposto no art. 5º, XI, da Constituição, e, ainda, a garantia do estado de inocência (art. 5º, inc. LVII) autorizam o inculcado a recusar-se, também, a participar da conhecida “reconstituição do crime” (art. 7º, CPP), sobretudo pelo constrangimento a que é submetido o investigado, muitas vezes exposto à execução pública, como se efetiva a antecipadamente culpado fosse.

CAPÍTULO IV

PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

4.1. Princípio do promotor natural

Calcado no inciso LIII, art. 5º da Constituição da República, o comando em tela determina que o cidadão tem o direito fundamental de ser acusado por um órgão constitucionalmente estabelecido, com garantias previamente fixadas e delineadas, trazendo à sociedade toda a transparência indispensável à espécie. No ponto, o plenário da Suprema Corte brasileira já assentou que não pode o dirigente do Ministério Público designar aleatoriamente promotor de Justiça para atuar em situação concreta, já que, aí, ter-se-ia a famigerada figura do “promotor por exceção”.

Desta feita, com fulcro nos postulados constitucionais em vigor, cabe ao promotor regularmente e previamente investido no cargo atuar nos casos determinados (nesse sentido: STF, Pleno, HC 69.599, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 27 ago, 1997, p. 17020). De outro lado, há que se considerar a hipótese de, no caso concreto, não haver cargo criado, razão pela qual, por óbvio, poderá o Procurador Geral de Justiça designar promotor de justiça do quadro para atuar naquele feito.

4.2. Princípio da unidade

O Ministério Público cuida-se de uma instituição única, mormente tendo em vista que a instituição é liderada por uma única pessoa, a saber, o Procurador-Geral da República. Assim, a divisão concernente ao órgão (Ministério Público federal e Ministérios Públicos estaduais) tem caráter único e exclusivo funcional, no desiderato de otimizar a atuação ministerial.

4.3. Princípio da indivisibilidade

Corolário com o princípio da unidade, em verdadeira relação de logicidade, é possível que um membro do Ministério Público substitua outro, dentro da mesma função, sem que, com isso, exista qualquer implicação prática. Isto porque quem exerce os atos, em essência, é a instituição “Ministério Público” e não a pessoa do Promotor de Justiça ou Procurador;

4.4 Princípio da independência funcional

Refere-se a autonomia de convicção, na medida em que os membros do Ministério Público não se submetem a qualquer poder hierárquico no exercício de seu mister, podendo agir, no processo, da maneira que melhor entenderem. A hierarquia existente restringe-se às questões de caráter administrativo, materializada pelo chefe da instituição, mas nunca, como dito, de caráter funcional. Tanto é que o art. 85, II, da CF/88 considera crime de responsabilidade qualquer ato do Presidente da República que atentar contra o livre exercício do Ministério Público.

CAPÍTULO V

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REFERENTES À ORDEM TRIBUTÁRIA

5.1. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade pode ser entendido em dois sentidos, a saber: (a) o de que o tributo deve ser cobrado mediante o consentimento daqueles que o pagam, e (b) o de que o tributo deve ser cobrado segundo normas objetivamente postas, de sorte a garantir plena segurança nas relações entre o fisco e os contribuintes.

Em suas origens mais remotas, surgiu o princípio da legalidade com o primeiro dos referidos significados, vale dizer, o do consentimento. Neste sentido o princípio é bastante antigo, como demonstra Uckmar, manifestando-se inicialmente sob a forma de consentimento individual, na Inglaterra, em 1096, para transformar-se pouco a pouco em consentimento coletivo (cf. Victor Uckmar, Os Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário, Ed. RT, São Paulo, 1976, p. 9/20). Sua origem, todavia, tem sido geralmente situada na Magna Carta, de 1215, outorgada por João Sem Terra, por imposição dos barões (cf. Fábio Fanucchi, Curso de Direito Tributário Brasileiro, Co-edição IBET-Resenha Tributária, São Paulo, 1986, vol.I, p. 54).

O tributo deve ser consentido, vale dizer, aprovado pelo povo, por seus representantes nos parlamentos. No dizer de Cláudio Pacheco, para quem a base do princípio da legalidade reside no art. 14 da “revolucionária declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão”. A obrigação tributária está ligada ao princípio da representação política. “As imposições tributárias deverão estar autorizadas em lei, mas a lei é obra do poder legislativo, cujo órgão é mais frequentemente e mais desejavelmente um corpo coletivo de base eletiva e de caráter representativo, autorizando a presunção de que são os contribuintes que, indiretamente, consentem essas imposições.” Sustentando este seu ponto de vista, Cláudio Pacheco assevera que “essa base consensual do tributo foi uma das aspirações coletivas sustentadas em árduas lutas contra o absolutismo

monárquico, que se exercia desregradamente no campo das imposições fiscais, quando ainda não era bem patente sua finalidade de interesse público e saíam a cobrá-las a ordem e agentes de soberanos que precisavam de recursos para seus confortos, seus luxos, suas ostentações, para a realização de seus interesses dinásticos e para as suas guerras de pendor pessoal ou de conquista” (Tratado das Constituições Brasileiras, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1965, vol. III, p. 393).

Alberto Xavier, fugindo embora à abordagem do tema das origens históricas do princípio da legalidade, assevera que o mesmo “surgiu ligado à idéia de que os impostos só podem ser criados através das assembléias representativas e, portanto, à idéia de sacrifício coletivamente consentido, ou seja, à autotributação” (Alberto Xavier, Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação, Ed. RT, São Paulo, 1978, p.7).

O princípio da legalidade, outrossim, é a forma de preservação da segurança. Ainda que a lei não represente a vontade do povo, e por isto não se possa afirmar que o tributo é consentido por ter sido instituído em lei, ainda assim, tem-se que o ser instituído em lei garante maior grau de segurança nas relações jurídicas.

Adotado o princípio da legalidade, pode-se afirmar, pelo menos, que a relação de tributação não é uma relação simplesmente de poder, mas uma relação jurídica. Isto evidentemente não basta, mas é alguma coisa, melhor que o arbítrio. Não garante que o tributo seja consentido, mas preserva de algum modo a segurança.

É oportuno lembrar a diferença que existe entre uma relação simplesmente de poder e uma relação jurídica. A primeira desenvolve-se sem vinculação a qualquer esquema normativo. Quem atua numa relação simplesmente de poder desconhece qualquer norma. Só tem limitações de ordem física, moral, mas não tem nenhum limite jurídico. Já a relação é jurídica quando se desenvolve segundo normas que devem ser observadas. É claro que muita vez essas normas não são realmente observadas, mas isto não retira o caráter jurídico da relação, posto que o prejudicado com essa inobservância pode argüi-la para obter a reparação do seu prejuízo. A relação é jurídica precisamente porque os atos na mesma envolvidos devem ser praticados com observância das normas

que a regulam.

O Princípio da Legalidade, todavia, não quer dizer apenas que a relação de tributação é jurídica. Quer dizer que essa relação, no que tem de essencial, há de ser regulada em lei. Não em qualquer norma jurídica, mas em lei, no seu sentido específico.

González García identifica, com base em autorizadas manifestações doutrinárias, duas modalidades de legalidades, assim explicadas:

“a) En primer lugar, la modalidad de acto legislativo primario, que consiste en que exige ley no para regular en su totalidad los elementos fundamentales del tributo, sino tan sólo para crearlo. b) Existe, después, el principio de reserva de ley propiamente dicha, para regular una materia determinada. Dentro de ésta, a sua vez, suele distinguirse entre la reserva absoluta de ley, que se produce en el supuesto, harto infrecuente, de que la totalidad de la materia acotada deba venir regulada en exclusiva por la ley o, al menos, por acto com fuerza de ley; e la denominada reserva relativa ou atenuada, que consiste en exigir la presencia de la ley tan sólo a efectos de determinar los elementos fundamentales o identidad de la prestación establecida, pudiendo confiarse al ejecutivo la integración o desarrollo de los restantes elementos” (Eusébio González García, “Principio de Legalidad Tributaria en La Constitución de 1978”, em Seis Estudios Sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1980, p.62/63).

Como se vê González García entende criar como simplesmente referir-se a, ou dizer que fica criado. Não nos parece, data vênua, que seja assim. Voltaremos a este ponto ao examinarmos o sentido da expressão exigir ou aumentar tributo (item 3.4).

Segundo González García como se vê da lição acima transcrita, o princípio constitucional da legalidade pode ser entendido como simples exigência de lei para criar o tributo, no sentido por ele adotado, e não para regular em sua totalidade os elementos fundamentais do tributo, ou no sentido de reserva legal, vale dizer, no sentido que só a lei pode regular os elementos fundamentais do tributo. Essa reserva legal, por seu turno, divide-se em reserva absoluta, e reserva relativa. Para ele, a doutrina que tem estudado o princípio da reserva está sempre de acordo, com algumas exceções, em que sempre que se exige lei para criar um tributo, mas apenas os essenciais, como os sujeitos da

relação e seu fator gerador, não tendo de ser precisa a regulação de outros elementos, como, por exemplo, a base de cálculo e a alíquota (Euzebio González García, “Principio de Legalidad Tributaria en La Constitución de 1978”, em Seis Estudios Sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1980, p.63/64).

Dejalma de Campos esclarece que, com inteira propriedade, que o princípio da legalidade há de ser examinado tanto em razão da fonte produtora de normas, como em razão do grau de determinação da conduta. Em razão da fonte produtora das normas, tem-se uma reserva de lei material, e um reserva de lei formal. No primeiro caso, “basta simplesmente que a conduta da administração seja autorizada por qualquer norma geral e abstrata, podendo ser tanto uma norma constitucional, ordinária ou mesmo um regulamento”. Por outro lado, no que pertine ao grau de determinação da conduta, tem-se a reserva legal absoluta, e a reserva legal relativa, conforme esteja a conduta da administração inteiramente estabelecida na lei, ou apenas nesta tenha fundamento, podendo desenvolver-se com relativa liberdade (Dejalma de Campos, “O Princípio da Legalidade no Direito Tributário”, em caderno de pesquisas tributários, CEEU/ Resenha Tributária, São Paulo, 1981, p. 217/219).

No plano da Ciência do Direito o problema está na determinação do significado da palavra lei, e da expressão criar ou aumentar tributo. Sabendo-se o que significa a palavra lei tem-se resolvida a questão de saber se a reserva legal há de ser simplesmente material, ou também formal. Sabendo-se o que quer dizer criar ou aumentar um tributo tem-se resolvida a questão de saber se a reserva legal há de ser relativa ou absoluta. Em face da importância dessas questões, nós as examinaremos em itens específicos (itens 3.4 e 3.6).

Reputamos, entretanto, importante a abordagem do aspecto metajurídico, de grande significado para o equacionamento da questão.

Há quem se oponha à prevalência do princípio da legalidade absoluta, com o argumento segundo o qual esse princípio impede a utilização de instrumentos de política

econômica, embaraçando o desenvolvimento. Tal argumento é falso. “ O princípio da legalidade, como reserva absoluta de lei, não só não se revela incompatível com as modernas políticas econômicas, como é o que melhor se coaduna com os princípios em que assenta uma livre economia de mercado” (Alberto Xavier, Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação, Ed. RT, São Paulo, 1978, p. 53).

Não se pode confundir medidas de política econômica com improvisações, posto que as primeiras caracterizam-se pelo planejamento, enquanto estas últimas caracterizam-se pela ausência deste, revelada muita vez pelos retrocessos, pelas mudanças bruscas, que incutem no empresário a insegurança inibidora de suas iniciativas.

Como assevera Alberto Xavier, com apoio em Nissen e Sainz de Bujanda, “a livre iniciativa exerce-se através de planos econômicos elaborados pelos empresários para um dado período e nos quais se realiza uma previsão, mais ou menos empírica, dos custos da produção, do volume dos investimentos adequados à obtenção de dado produto e da capacidade de absorção do mercado. Tal previsão não pode deixar de assentar na presunção de um mínimo de condições de estabilidade, dentro do que a normal margem de riscos e incertezas razoavelmente comporte para o horizonte de planejamento a que respeita. O planejamento empresarial, por que a iniciativa privada se concretiza, supõe assim uma possibilidade de previsão objetiva a esta exige, por seu turno, uma segurança quanto aos elementos que a afetam. É sabido que o volume dos tributos – dado o papel que assumem na economia global – representa para a empresa não só elevada percentagem dos seus custos de produção, como determina as disponibilidades que, no mercado representam procura para os seus produtos. Um sistema que autorize a Administração a criar tributos ou a alterar os elementos essenciais de tributos já existentes, viria do mesmo passo a criar condições adicionais de insegurança jurídica e econômica, obrigando a uma constante revisão dos planos individuais, à qual a livre iniciativa não poderia resistir. Pelo contrário, um sistema alicerçado numa reserva absoluta de lei em matéria de impostos confere aos sujeitos econômicos a capacidade de prever objetivamente os seus encargos tributários, dando

assim as indispensáveis garantias requeridas por uma iniciativa econômica livre e responsável” (Alberto Xavier, Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação, Ed. Rt, São Paulo, 1978, p. 53/54).

5.1.2 O princípio da legalidade tributária na vigente Constituição

Na Constituição Federal, promulgada a 5 de outubro de 1988, o princípio da legalidade está expresso no art. 150, item I, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Nisto não há novidade. Cumpre destacar, todavia, que o princípio da legalidade restou consideravelmente fortalecido em virtude de algumas normas, não destinadas a regular especificamente a tributação, entre as quais podem ser mencionadas: (a) a que atribui competência ao Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do Poder Regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V); (b) a que revoga, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a ação normativa (art. 25, item I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Por outro lado, também fortaleceram o princípio da legalidade tributária o fato de haver sido proibida a delegação de competência na matéria reservada à lei complementar (art. 68, § 1º) e o fato de haver deixado de ser da competência privativa do Presidente da República a iniciativa das leis em matéria tributária relativamente aos Territórios (art. 61, §1º, item II, letra “b”).

Tais aspectos serão adiante examinados, ao tratarmos da exorbitância do poder regulamentar, do sentido da palavra lei, e das medidas provisórias com força de lei.

5.2. Princípio da isonomia tributária

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da isonomia jurídica em termos amplos, estabelecendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º), e estabelece, no campo da tributação, norma vedando à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Todavia, ao tratar da capacidade contributiva adota fórmula diversa, determinando a observância do princípio da capacidade contributiva sempre que possível (art. 145, § 1º). Aliás, pode-se interpretar o art. 145, §1º, da Constituição Federal, de outra forma. A expressão sempre que possível pode ser entendida, ali, como relacionada apenas com o caráter pessoal dos tributos, conforme adiante será demonstrado (item 5.12).

Todos sabem que a regra do art. 150, item II, teve um objetivo específico: fazer com que os militares, magistrados e parlamentares, paguem o imposto de renda sobre a totalidade da respectiva remuneração. Teve inspiração puramente demagógica, posto que na verdade a distinção que favorece tais categorias profissionais é inegavelmente menos lesiva ao princípio da capacidade contributiva do que os incentivos fiscais, concedidos quase sempre em favor de pessoas consideravelmente ricas. Grandes empresas industriais sediadas no Nordeste, empresas proprietárias de luxuosos hotéis, empresas de pesca, são isentas do imposto de renda. Tais isenções são concedidas a pretexto de estimular o desenvolvimento regional, ou setorial. Não passam, porém, de simples privilégios. Qualquer atividade econômica razoavelmente rentável atrai pessoas para o seu exercício, sendo, portanto, desnecessária a isenção do imposto de renda. Por outro lado, se a atividade não é rentável, de nada valerá a isenção, posto que não existindo lucro não haverá imposto de renda a ser pago, sendo, assim, inútil a isenção desse imposto.

Em relação aos militares, magistrados e parlamentares, a verdadeira questão

na verdade não consiste em pagar, ou não pagar imposto de renda. A verdadeira questão consiste em saber se recebem, ou não, a remuneração compatível com suas atribuições, com as responsabilidades inerentes ao desempenho de suas funções.

É geralmente muito superficial o conhecimento que as pessoas têm das atribuições das três aludidas categorias de servidores públicos. Destaquemos, aqui, a categoria dos magistrados, para uma ligeira referência. Todos, ou quase todos os que se manifestaram de público, especialmente pela televisão, a respeito das virtudes da nova Constituição, apontaram entre elas os novos instrumentos de defesa dos direitos individuais e sociais, como o “habeas data”, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção. Não queremos questionar, aqui, a valia desses instrumentos jurídicos, mas podemos afirmar, com absoluta convicção, que ela estará seriamente comprometida se a magistratura não estiver bem dotada de recursos materiais e sobretudo humanos. Por isto, de nada vale dotar a ordem jurídica de excelentes instrumentos processuais para a defesa de direitos, se as condições para o exercício da magistratura não forem atrativas.

Não se pode esperar que a vocação para a magistratura seja tão forte a ponto de fazer com que os juízes aceitem as privações a que são levados por uma remuneração miserável. Nem se pode acreditar que os mais capazes escolhem suas profissões sem considerar o aspecto econômico. Magistratura mal paga, seguramente terá juízes menos qualificados, e mais vulneráveis, em cujas mãos pouco ou nada valem os melhores instrumentos jurídico-processuais. É razoável, por isto, que a magistratura constitua uma profissão atrativa, sob todos os aspectos.

Não nos parece que o tratamento discal diferenciado de uma categoria profissional, ou funcional, seja indesejável, se essa discriminação tem por objetivo atrair o interesse das pessoas para o desempenho das profissões incentivadas. A verdadeira questão reside em saber quais as profissões estão a merecer incentivo. Seja como for, porém, o art. 150, item II, da vigente Constituição proíbe essa discriminação, vale dizer, veda a utilização extrafiscal do tributo em relação às pessoas físicas.

A discriminação, entre pessoa física, está expressamente vedada pela Constituição. Não se trata apenas de preservar o princípio da isonomia, pois este, como dito acima, pode significar simplesmente o caráter hipotético da norma jurídica e, neste sentido, não estaria violado pela regra que concedesse isenção a uma categoria de pessoas, como, por exemplo, os parlamentares, os militares e os magistrados.

Aliás, a perquirição que se há de fazer, em torno do princípio da isonomia, consiste em saber se o critério utilizado pelo legislador para estabelecer a discriminação é, ou não é, um critério justo. Retorna-se, deste modo, à antiga e sempre problemática questão de saber o que é justo e o que é injusto.

Por isto mesmo nos parece que, no âmbito do Direito Tributário, o princípio da isonomia jurídica tem utilidade bem menor que o princípio da capacidade contributiva. Enquanto o princípio da isonomia fica a depender a definição dos critérios de justiça, o princípio da capacidade contributiva já está a indicar que o justo é o proporcional a tal capacidade. Este é, por assim dizer, o princípio da isonomia com aplicação de um critério de justiça já definido: a capacidade contributiva.

Com isto não queremos dizer que a aplicação do princípio da capacidade contributiva não ofereça grandes dificuldades. A existência destas é incontestável, como se verá a seguir. De todo modo, parece-nos que apesar de tudo é menos problemático trabalhar com o princípio da capacidade contributiva do que com o princípio da isonomia jurídica. Por isto mesmo, é plenamente justificável a colocação, no texto constitucional, do princípio da isonomia, com alcance abrangente de toda a ordem jurídica, e do princípio da capacidade contributiva, que é, ainda quando considerado uma forma de manifestação daquele, restrito à matéria tributária.

5.3. O Princípio da capacidade contributiva

5.3.1 Capacidade contributiva e obrigação tributárias

Cláudio Martins parece colocar o princípio da capacidade contributiva como algo inerente ao próprio poder de tributar, vale dizer, como delimitação natural deste, ao afirmar que “o poder de tributar ou poder fiscal é a faculdade de que goza o Estado soberano de exigir das pessoas que vivem sob sua jurisdição, dentro da capacidade contributiva, uma prestação pecuniária destinada a atender aos encargos que lhe são próprios” (Cláudio Martins, Normas Gerais de Direito Tributário, Imprensa Universitária do Ceará, Fortaleza, 1968, p. 48).

Filia-se, certamente, o ilustre financista cearense, à concepção de Grizziotti, em cuja doutrina a capacidade contributiva é colocada como causa da obrigação de pagar o tributo. Como assevera Taboada, em Grizziotti “a capacidade contributiva é concebida como a causa última do dever de pagar impostos, que, no seu modo de ver, constitui manifestação indireta do que ele chama a causa primeira do referido dever, que não é mais do que a participação do cidadão nos serviços públicos custeados pelos impostos. Segundo Grizziotti, um sistema tributário racional deveria graduar os impostos de conformidade com esta causa primeira do dever impositivo: de acordo com os benefícios recebidos pelos indivíduos, através dos serviços públicos. A correspondência entre essa causa última – a capacidade contributiva, reflexo indireto da causa primeira – e a obrigação tributária concreta de determinado contribuinte é o que Grizziotti erige como conceito técnico fundamental em sua concepção da obrigação tributária. Para ele, uma obrigação tributária tem causa se ocorre – de fato e in concreto – a capacidade contributiva que o legislador quis gravar (Carlos Palao Taboada, “Isonomia e Capacidade Contributiva”, em Revista de Direito Tributário, Ed. RT, Ano II, n. 4, p. 128).

Fonrouge, entretanto, explica que em Grizziotti a “idéia de causa es muy particular y extrajurídica, em concordância com su concepción personal de las finanzas, que siempre pretendió entroncada com la tradición italiana anterior al siglo XVIII y alejada de la tendencia juricista de la escuela alemama “ (Giuliani Fonrouge, Derecho Financiero, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1970, vol. 1, p. 461).

É sabido que o conceito de causa é extremamente problemático. De todo modo, se como causa da obrigação se entende aquilo que é necessário ao seu surgimento, à sua existência, não há como se possa sustentar que a capacidade contributiva é causa da obrigação, como de texto todo e qualquer efeito jurídico, tem como causa uma lei (hipótese de incidência) e um fato (fato tributável). A lei é a causa mediata. A ocorrência do fato nela descrito, vale dizer, do fato tributável, é a causa imediata. É certo que o legislador, ao descrever a hipótese de incidência tributária, há de observar o princípio da capacidade contributiva, nos países em cuja constituição esteja explícita ou implicitamente acolhido. Daí não se pode, todavia, concluir que a capacidade contributiva é a causa da obrigação tributária.

5.3.2. Capacidade contributiva e isonomia

Em matéria tributária, mais do que em qualquer outra, tem relevo a idéia de igualdade no sentido de proporcionalidade. Ou mais exatamente, a idéia de igualdade no sentido de justiça tributária. Seria verdadeiramente absurdo pretender-se que todos paguem o mesmo tributo. Assim, no campo da tributação o princípio da isonomia às vezes parece confundir-se com o princípio da capacidade contributiva.

Amilcar Falcão, por exemplo chegou a afirmar que o princípio da capacidade contributiva “representa a versão, em matéria tributária, do princípio geral da isonomia” (Amilcar de Araújo Falcão, *Fato Gerador da Obrigação Tributária*, 2ª edição, Ed. RT, São Paulo, 1971, p. 68).

Constitui, assim, um problema dos mais sérios, sobre o que se têm debruçado financistas e juristas os mais destacados, a questão da denominada tributação extrafiscal em face do princípio da capacidade contributiva. Se a igualdade a ser considerada, para fins tributários, é apenas a igualdade de capacidade para pagar o tributo, não há como deixar de considerar violadora do princípio da isonomia a norma que concede uma isenção, ou outro incentivo fiscal, sem levar em conta a capacidade contributiva.

A rigor, porém, o princípio da isonomia jurídica, em termos formais, é algo diverso do princípio da capacidade contributiva. Admitida a diferença, não nos parece que a norma instituidora de incentivos fiscais viole o princípio da isonomia jurídica, embora nos pareça que viola, às vezes flagrantemente, o princípio da capacidade contributiva.

A lei que concede isenção do imposto de renda para empresas hoteleiras, por exemplo, tendo em vista incentivar o turismo, viola flagrantemente o princípio da capacidade contributiva, embora possa haver divergência a respeito da questão de saber se viola o princípio da isonomia jurídica.

De todo modo, não se pode descartar a idéia segundo a qual a capacidade contributiva é um critério de valoração do princípio da isonomia, e um critério capaz, a nosso ver, de realizar também o princípio da Justiça. Indispensável, porém, nos parece estabelecer a distinção, que é indiscutível, entre isonomia jurídica como igualdade formal perante a lei, e capacidade contributiva.

5.3.3. Capacidade contributiva e capacidade econômica

Seria a capacidade contributiva algo diverso da capacidade econômica?

Buscando justificar os incentivos fiscais, ou mais exatamente, isenções de tributos, em face do art. 53 da Constituição da República Italiana, Moschetti formula uma distinção entre capacidade contributiva e capacidade econômica. Para ele, a capacidade econômica é apenas uma condição necessária para a existência de capacidade contributiva, posto que esta é a capacidade econômica qualificada por um dever de solidariedade, quer dizer, por um dever orientado e caracterizado por um prevalente interesse coletivo, não se podendo considerar a riqueza do indivíduo separadamente das exigências coletivas. Assim, se, por exemplo, em face de uma exigência do desenvolvimento econômico conforme as normas e princípios da Constituição, uma determinada fonte patrimonial não deve ser gravada em determinada região durante um

certo período, falta a ela o elemento qualificante da capacidade contributiva: a aptidão para realizar o interesse público. Mais ainda, precisamente para realizar tal interesse, essa fonte não pode ser considerada manifestação de capacidade contributiva (Francesco Moschetti, *El Principio de Capacidad Contributiva*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, p. 279).

Ter-se-ia, assim, de investigar sempre se a isenção foi concedida, ou não, no interesse público. Tal interesse, que haveria sempre de prevalecer, estaria sendo melhor realizado com a utilização dos recursos financeiros para os fins desenvolvimentistas do que para o pagamento do tributo.

Tal construção é inteligente e pode à primeira vista impressionar. Aceitá-la, todavia, significa a destruição pura e simples do princípio da capacidade contributiva. É enorme a vaguidade do conceito de interesse público, e o Estado seria sempre o juiz da ocorrência, ou não, desse interesse, a justificar a outorga de isenções tributárias, o que evidentemente tornaria o princípio desprovido de efetividade.

Maffezzoni, por seu turno, sustenta que a capacidade contributiva não pode ser identificada na pura e simples capacidade econômica do sujeito passivo da tributação. Para ele é problemática a determinação da capacidade econômica, tanto porque é impreciso o conceito de renda, como porque a capacidade econômica não pode ser dimensionada apenas pela renda, seja qual for a noção desta que se tenha adotado. A capacidade contributiva, no seu entender, há de envolver fato indicativo do gozo de vantagens decorrentes dos serviços públicos (Frederico Maffezzoni, *Il Principio di Capacità Contributiva nel Diritto Finanziario*, UTET, Torino, Itália, 1970, p. 28/34).

Contra a tese de Maffezzoni pode ser colocado um argumento por ele próprio utilizado. Na verdade, se é problemática a determinação da capacidade econômica, inegavelmente é também bastante problemática a determinação do gozo de vantagens decorrentes dos serviços públicos. Por outro lado, não é justo pretender que os tributos sejam simples retribuição pelo gozo de tais vantagens. Na verdade os serviços públicos destinam-se, especialmente, aos menos dotados de capacidade econômica, e não se

pode pretender destes maior participação no custeio das despesas públicas.

Seja como for, as referidas construções doutrinárias não são válidas no direito brasileiro, posto que nossa Constituição, diversamente do que acontece com a italiana, não se reporta a capacidade contributiva mas a capacidade econômica.

5.4 O Princípio da anterioridade

5.4.1 Anterioridade e anualidade

O princípio da anterioridade da lei tributária não se confunde com o princípio da anualidade do tributo, não obstante tal confusão ainda seja encontrada em muitos doutrinadores e na jurisprudência, inclusive do STF.

O princípio da anualidade vigorava na Constituição de 1946 (art. 141, §34). Foi abolido pela Emenda Constitucional n. 18, de 1965, e restaurado pela Constituição de 1967 (art. 150, § 28). Com a Emenda n. 1, de 1969, o princípio foi mais uma vez abolido, e não obstante seja excelente instrumento de fortalecimento do Poder Legislativo, não foi restabelecido pela Constituição de 1988, que tem entre as suas virtudes precisamente o restabelecimento do prestígio do Congresso Nacional.

Pelo princípio da anualidade, nenhum tributo pode ser cobrado, em cada exercício, sem que esteja prevista a sua cobrança no respectivo orçamento. Distinque-se, assim, nitidamente, do princípio da anterioridade, pelo qual nenhum tributo será cobrado em cada exercício sem que a lei que o criou, ou aumentou, tenha sido publicada no exercício anterior.

Como se vê, a diferença entre os dois princípios é muito clara. O princípio da anualidade não se destina apenas a garantir ao contribuinte a possibilidade de

planejamento anual de suas atividades. Para tanto bastaria o princípio da anterioridade sem as exageradas ressalvas que praticamente o invalidam. Por isto escrevemos, inspirados na lição de Baleeiro: “ Não se há de confundir o princípio da anterioridade com o da anualidade, segundo o qual a cobrança de tributos depende de autorização anual do Poder Legislativo mediante previsão no orçamento. Essa autorização anual, concedida com a aprovação do orçamento, tem um sentido nitidamente democrático. No regime constitucional que adota o princípio da anualidade os representantes do povo, anualmente, examinam a proposta orçamentária do governo e, em face das despesas, autorizam a cobrança dos tributos indispensáveis ao respectivo atendimento. Não basta haver sido o tributo instituído por lei. É preciso que, anualmente, tenham os representantes do povo conhecimento do emprego que o governo pretende fazer dos recursos arrecadados mediante tributos.” (Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário, 4ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 5). Nas palavras do próprio Aliomar Baleeiro, ardoso e seguro defensor do princípio da anualidade.

“É um princípio que parte de um ponto lógico, racional, histórico – o contribuinte, pelo seu representante, dá seu imposto ao Governo, em função de um fim que o Governo lhe propõe. O Poder Executivo propõe ao Legislativo, em bloco, um complexo de serviços públicos, um plano de trabalho para um ano. O Presidente da República manda a Mensagem orçamentária ao Congresso, neste ou em qualquer país realmente democrático, propondo, em conjunto, todo um plano de trabalho para o ano imediato e diz: para realizar esses serviços públicos, com tais objetivos e metas, preciso da quantia de tanto, a ser retirada do povo brasileiro, pelos seguintes tributos, nas seguintes bases...

Se os representantes do povo brasileiro concordam com o plano do Governo e lhe dão aprovação, eles concedem as receitas. Não concedem em branco, como um cheque, apenas assinado. Eles concedem em limites definidos para um fim específico, aquela receita que consta de um plano chamado orçamento.

É por isto que Jeze, citado ainda há pouco pelo eminente Ministro Bilac Pinto, começa seu livro sobre orçamento dizendo: O orçamento é um plano do Governo.

No direito atual, o orçamento não é apenas aquele escudo em defesa do contribuinte, não é a algema que se punha nos reis para não gastarem na dissipação e nas guerras dinásticas.

É um plano do governo, ao qual o Parlamento dá a sua autorização. Diz-se mesmo: se o Parlamento recusar a aprovação estamos na revolução. Isso foi trasladado para o direito Brasileiro.

Em 1946, foi o que se votou, aos socos do Sr. Nereu Ramos na mesa, e com o apoio do Sr. Souza Costa, que era mais moderado.

“Quero, dizia o Sr. Nereu Ramos, batendo a mão na mesa, quero que o orçamento conficione a cobrança dos impostos decretados em leis anteriores a ele.”

E ele representava o pensamento da maioria, nessa matéria, com o apoio da oposição. Todos esses debates na Constituinte foram resumidos no livro do Desembargador José Duarte sobre a Constituição de 1946 (voto proferido na Representação 861-MG, publicada em Representações por Inconstitucionalidade, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, Brasília, 1976, p. 506 a 507).

5.6. O Princípio da vedação do confisco

5.6.1 Tributo com efeito de confisco

É problemático o entendimento do que seja um tributo com efeito de confisco. A respeito do significado da palavra confisco registra De Plácido e Silva:

CONFISCO: Ou confiscação, é vocábulo que se deriva do latim *conficatio*, de *confiscare*, tendo um sentido e ato pelo qual se apreendem e se adjudicam ao fisco bens pertinentes a outrem, por ato administrativo ou por sentença judiciária, fundados em lei.

Em regra, pois, o confisco se indica uma punição. Quer isto dizer que sua imposição, ou decretação, decorre da evidência de crimes ou contravenções praticados por uma pessoas, em virtude do que, além de outras sanções, impõem a lei a perda de todos ou parte dos bens em seu poder, em proveito do erário público.

Por essa forma o confisco ou confiscação pode ser total ou parcial.

Total ou geral quando abrange todo o patrimônio do condenado; parcial, quando somente incide sobre uma certa porção de bens.

O Confisco se efetiva preliminarmente pela apreensão ou pelo sequestro. Mas, não pode ser tomado por nenhuma destas medidas judiciais.

Ele é, em verdade, o ato de adjudicação dos bens ao patrimônio dos Estado, em virtude de determinação legal ou qualquer outro ato que o autorize.

Em matéria fiscal, o confisco indica o ato de apreensão de mercadoria contrabandeada ou que seja posta no comércio em contravenção às leis fiscais. Dá-se a apreensão, e o poder público a confisca para cobrar-se dos impostos e das multas devidas. Mesmo neste caso, embora não se adjudique ao erário a soma de mercadorias apreendidas, adjudica-se o seu preço, isto é, o seu valor.

Confisco na linguagem penal, é o ato de apreensão, autorizado pelo juiz, dos instrumentos e do produto do crime (Vocabulário Jurídico, Vols. I e II, Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 505).

Assim, tributo com efeito de confisco é tributo que, por ser excessivamente oneroso, seja sentido como penalidade. É este o entendimento de que se pode extrair da lição de Cláudio Pacheco para quem “vigora um princípio básico em relação ao tributo e que é aquele pelo qual nunca se deve expandir ou crescer até afetar a atividade ou a produção de pessoa ou entidade tributada, quando esta atividade ou produção é de

proveito ou de benefício coletivo. Assim o tributo não deve ser antieconômico ou anti-social, nem pela sua natureza nem pela bases de sua incidência, de seu lançamento ou de sua cobrança. Ele nunca deve ser criado, calculado ou cobrado de modo a prejudicar, tornando ineficiente, ainda menos paralisando ou obstruindo a atividade produtiva do contribuinte, desde de que esta atividade se possa reputar como benéfica à sociedade.

Esse princípio de moderação ou razoabilidade dos tributos deve ser encarado por outro aspecto e então, como o encarou Linares Quintana, referindo-se à antiga e reiterada jurisprudência Corte Suprema da Argentina, pode ser denominado de princípio da não confiscatoriedade dos tributos, o qual se funda principalmente na garantia do direito de propriedade. Sob este ponto de vista, referiu o mesmo autor, que para determinar o limite que separa um tributo confiscatório de outro não confiscatório, a jurisprudência da Corte Suprema estabeleceu diversas fórmulas, inspiradas nos princípios da equidade e da razoabilidade, as quais devem ser ajustadas às circunstâncias especiais de cada caso particular, sem que, entretanto, forneçam ao interprete um critério de certeza bastante para eliminar todas as dúvidas.

Ainda segundo Linares Quintana, o eixo em torno do qual “gira todo o sistema jurisprudencial da Corte Suprema, no que respeita à confiscatoriedade das contribuições, é a regra de que um tributo é confiscatório quando o montante de sua taxa é desarrazoado”, o que ocorre quando equivale a “uma parte substancial do valor do capital, ou de sua renda, ou da utilidade, ou quando ocasiona o aniquilamento do direito de propriedade em sua substância ou em qualquer de seus atributos” (Tratado del la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, tomo IV, §§ 2.824/6) (Cláudio Pacheco, Tratado das Constituições Brasileiras, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1965, vol. III, p. 397/398).

Para Villegas tem-se o confisco quando se está ante exigência tributária que excede a razoável possibilidade de colaborar para os gastos públicos, isto é, que não vão além do que permite a capacidade contributiva do particular afetado (Héctor Villegas, Curso de Direito Tributário, Trad. De Roque Antonio Carrazza, Ed. RT, São Paulo, 1980, p. 89).

De todo modo, resta a questão de saber até que limite o tributo é tolerável, vale dizer não tem efeito de confisco. A questão configura um daqueles pontos nos quais o quadro ou moldura que a Ciência do Direito pode oferecer é exageradamente amplo.

5.7. O Princípio da Liberdade de Tráfego.

Conforme registra Pontes de Miranda, “já o príncipe regente no primeiro orçamento de receitas e despesas que no Brasil se fêz, imunizava de impostos o comércio das Províncias de umas para as outras” (Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, Ed. RT, São Paulo, 1967, tomo II, p. 383) .

O que se proíbe no art. 150, item V é a instituição de tributo em cuja hipótese de incidência seja elemento essencial à transposição das fronteiras do Estado, ou do Município. Tal dispositivo constitucional não proíbe a cobrança de impostos em operações de circulação de mercadorias de um para outro Estado, ou de um para outro Município, desde que tal cobrança não tenha como pressuposto de fato indispensável a transposição das fronteiras. Em outras palavras, pode ser cobrado imposto em circulação interestadual de mercadorias, desde que também incida tal imposto na circulação interna.

Já tivemos oportunidade de afirmar, a propósito, que o disposto no art. 20, item III, da Constituição de 1967 com redação que lhe deu a Emenda 1/69, e art. 9º item III do Código Tributário Nacional, “não significa devam ser as operações interestaduais imunes a qualquer tributação. O que não pode haver é agravamento do ônus tributário pelo fato de ser interestadual, ou intermunicipal, a operação” (Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário, 4ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 151).

Assim, será inconstitucional a cobrança de qualquer adicional, ainda que a título de taxa, nas operações interestaduais, ou intermunicipais.

A preservação da liberdade de tráfego, todavia, não impede a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público, posto que o dispositivo constitucional a tanto abre expressa exceção. Parece-nos, todavia, que esse pedágio não poderá ser discriminatório, isto é, não poderá ser cobrado apenas nos trechos onde são ultrapassadas as fronteiras, de modo a caracterizar barreira interestadual, ou intermunicipal.

CAPÍTULO VI

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITOS

6.1. Princípio da razoabilidade

Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos *standards* de aceitabilidade. Dentro desse quadro, não pode o juiz controlar a conduta do administrador sob mera alegação de que não a entendeu razoável. Não lhe é lícito substituir o juízo de valor do administrador pelo seu próprio, porque a isso se coloca o óbice da separação de funções, que rege as atividades estatais. Poderá, isto sim, e até mesmo deverá, controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a lei exige para a validade dos atos administrativos. Esse é o sentido que os Tribunais têm emprestado ao controle.

Desse modo, quando alguns estudiosos indicam que a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas, parece-nos que a falta da referida congruência viola, na verdade, o princípio da legalidade, porque no caso, ou há vícios nas razões impulsionadoras da vontade, ou o vício estará no objeto desta. A falta de razoabilidade, na hipótese, é puro reflexo da inobservância de requisitos exigidos para a validade da conduta. Por outro lado, quando a

falta de razoabilidade se calca em situação na qual o administrador tenha em mira algum interesse particular, violado estará sendo o princípio da moralidade, ou o da impessoalidade.

Com esses elementos, desejamos frisar que o princípio da razoabilidade tem que ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Significa dizer, por fim, que não pode existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

Acertada, pois, a noção de que o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade, como realça CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, não se podendo supor que a correção judicial possa invadir o mérito administrativo, que reflete o juízo de valoração em que se baseia o administrador para definir sua conduta, invasão que, diga-se de passagem, tem sido reiteradamente repudiada pelo Judiciário em virtude do princípio da separação de Poderes, consignado no art. 2º da Lei Maior. Conclui o eminente administrativista que *“tal não ocorre porque a sobredita liberdade é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas”*, aditando que uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal; é desbordante dos limites nela admitidos.

Assim, na esteira da doutrina mais autorizada e rechaçando algumas interpretações evidentemente radicais, exacerbadas e dissonantes do sistema constitucional vigente, é preciso lembrar que, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da *razoabilidade*, terá que estar presente a idéia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio: ou a ação vulnera o princípio e é ilegal, ou, se não o ofende, há que ser qualificada como legal e inserida dentro das funções normais cometidas ao administrador público.

6.2. Princípio da proporcionalidade

A necessidade de compatibilização da liberdade com o poder rendeu ensejo, na sociedade política decorrente do processo de modernização, à formulação não só do princípio da proporcionalidade, mas também de outros instrumentos de limitação e controle do agir estatal.

Ao tratarmos dos fundamentos jurídicos-políticos da limitação estatal que é procedida pelo princípio da proporcionalidade, cuidamos de definição de um conjunto de limites, materiais e formais, antepostos ao agir do Poder Público. Todos são conducentes à conclusão de que a liberdade pode somente ser limitada por meio de uma opção devidamente legitimada pela Constituição, como ocorre nos países que adotam, em vários graus, o princípio da legalidade.

A idéia de proporcionalidade é inerente a qualquer conceito jurídico possível de poder em um Estado Democrático de Direito. Não se concebe que o poder, ali, seja exercitado sem limites.

O princípio da proporcionalidade ou também chamado de teoria do balanceamento ou preponderância dos interesses em conflito, é um instrumento específico, identificado e desenvolvido em uma dada experiência jurídico-constitucional, que permite a limitação do poder estatal. Visa, especialmente o caso dos sistemas que consagram a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, a permitir uma escolha por parte do magistrado entre os valores em conflito.

Trata-se de um instrumento segundo o qual a medida a ser tomada pelo Estado há de ser adequada e necessária a finalidade apontada pelo agente, bem como deve ser garantida uma relação de proporcionalidade entre o bem protegido pela atividade estatal e aquele que, por ela, é atingido e sacrificado. O princípio da proporcionalidade faz essa mediação entre diferentes grandezas, combinando, proporcionalmente à importância para o caso concreto, diferentes valores contidos no sistema. As normas em colisão serão

comparadas e testadas de forma a se chegar a uma conclusão consagradora de uma das duas ou que compatibilize as duas.

Ordena o princípio da proporcionalidade a ponderação e a harmonização de interesses reconhecidos na Constituição, com o fito de encontrar uma justa decisão em situações de tensão entre direitos.

O princípio da proporcionalidade pode assim ser definido:

“O princípio constitucionalmente consagrado, conformador dos actos do poder público e, em certa medida, de entidades privadas, de acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjetivamente radicáveis se deve revelar idônea e necessária para atingir os fins legítimos concretos que cada um daqueles actos visam, bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins”.

Luiz Francisco Torquato Avólio⁵⁴ apresenta a primeira decisão da Corte Constitucional alemã, proferida em 16.03.1971:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.”

Mas, o princípio da proporcionalidade é formado por certos elementos ou também chamados de subprincípios. Estes foram forjados no intuito de clarificação do conteúdo do princípio da proporcionalidade. Os subprincípios são os seguintes: o princípio da adequação, da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da adequação – indaga tal subprincípio se a medida adotada pelo Estado é adequada à obtenção do fim que o legislador pretende atingir. Estamos aqui a tratar, portanto, da utilidade da medida adotada. Se não há entre o meio e o fim uma relação de causa e efeito, demonstrada estará a adequação do agir estatal. Um meio é adequado quando com sua ajuda pode ser alcançado o resultado perseguido.

⁵⁴ Ob.cit.

O princípio da necessidade – é também conhecido com princípio da intervenção mínima, da exigibilidade ou da indispensabilidade. Em razão desse princípio, o legislador não pode tomar uma medida restritiva de direito fundamental se existem outras medidas menos gravosas, que podem ser adotadas, ou seja, havendo meio igualmente eficaz, porém menos gravoso, não se justifica a adoção da medida restritiva. A medida adotada pelo Poder Público tem que ser, portanto, indispensável.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito – cuida da ponderação entre direitos, bens e interesses. Via de regra, uma medida legislativa visa proteger determinados direitos, bens e interesses. Ao ser editada a medida, a sua incidência na realidade acaba por atingir outros direitos, bens ou interesses constitucionalmente protegidos, limitando-os, restringindo-os. Ocorre, nesse caso, uma colisão de direitos, que se resolve pela ponderação de valores. Caso seja constatada a precedência, no caso concreto, dos direitos a serem limitados, não deve prevalecer a medida, por desproporcional, devendo ser declarada a sua inconstitucionalidade.

Este subprincípio permite realizar a proporcional distribuição do ônus da vida em sociedade, à medida que proíbe ao Estado sacrificar direitos fundamentais, sob a justificativa de proteger direitos e interesses que, na prática, apresentam menor relevância. Assim, tendo em vista considerações fáticas do caso, os direitos ou interesses em tensão passarão por uma operação de sopesamento.

Calcado no inciso LIII, art. 5º da Constituição da República, o comando em tela determina que o cidadão tem o direito fundamental de ser acusado por um órgão constitucionalmente estabelecido, com garantias previamente fixadas e delineadas, trazendo à sociedade toda a transparência indispensável à espécie. No ponto, o plenário da Suprema Corte brasileira já assentou que não pode o dirigente do Ministério Público designar aleatoriamente promotor de Justiça para atuar em situação concreta, já que, aí, ter-se-ia a famigerada figura do “promotor por exceção”.

Desta feita, com fulcro nos postulados constitucionais em vigor, cabe ao promotor regularmente e previamente investido no cargo atuar nos casos determinados

(nesse sentido: STF, Pleno, HC 69.599, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 27 ago, 1997, p. 17020). De outro lado, há que se considerar a hipótese de, no caso concreto, não haver cargo criado, razão pela qual, por óbvio, poderá o Procurador Geral de Justiça designar promotor de justiça do quadro para atuar naquele feito.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª ed., v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

ARAGÃO, Moniz. Efetividade do processo de execução. **Revista Forense**, v. 326.

ARAGÃO, Moniz. O processo civil no liminar de um novo século. **Revista Forense**, v. 353.

ARMELIN, Donaldo. Acesso à justiça. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, jun./1989, v. 31.

ASSIS, Carlos Augusto de. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo e Constituição: o devido processo legal**. 1980.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed., atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 20.02.2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**, vol. 2. São Paulo: Saraiva.

_____. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, v. 1. Ed. Saraiva, 2008.

_____. **A nova etapa da reforma do código de processo civil – v. 1. 2ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Tutela antecipada**, São Paulo: Saraiva, 2004.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 9ª ed. São Paulo: Clássica Editora.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª ed. Coimbra, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2ª ed. Coimbra, vol. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2 ed. atual e ampl. - São Paulo: Saraiva, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Ed. Del Rey, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. 3, 1ª ed., Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder, **Direito Público: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, vol. I. Salvador: Ed. JusPodium, 2005.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**, São Paulo: Ed. Saraiva.

FAZZALARI, Elio. **Il Processo ordinario di cognizione**, vol. I. Turim, UTET, Ristampa, 1999.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. 7v.

FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARBI, Carlos Alberto. Tutela jurisdicional diferenciada e efetividade do processo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 782.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Princípio da legalidade na constituição espanhola**. Revista de Direito Público, nº 86.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Garantia constitucional do direito de ação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

_____. Benefício de prazo in **O processo em sua unidade – II**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

HANS, Kelsen. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11ª edição. São Paulo: Editora Método, 2007.

LIMA, Francisco Gerson Marques. **Fundamentos constitucionais do processo**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da Tributação na Constituição de 1988**. 3 ed. Rev. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil – Teoria geral do processo, v. 1**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Novas linhas do processo civil.** São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>. Acesso em 15.02.2008.

MELLO FILHO, José Celso. **A tutela judicial da liberdade.** RT 526/291.

_____. **Constituição Federal Anotada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MELO, Celso Antônio Bandeira, **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade e técnica processual, **Revista Forense**, n.º 29.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 2 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Rafael Caselli. A compatibilidade do princípio dispositivo e o da imparcialidade com a iniciativa probatória do juiz, acessível em <https://www.ccradvocacia.com/artigo002.pdf>. Acesso em 15.02.2008.

SARLET, Ivo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria geral do processo civil.** 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Garantias constitucionais do processo civil.** 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e**

Processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais.** São Paulo: RT, 1980.