

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO

GUSTAVO FERREIRA SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Regina Vera Villas Boas, Ricardo Henrique Carvalho Salgado, Gustavo
Ferreira Santos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-118-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho sobre Direitos e Garantias Fundamentais, no XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. No Grupo de Trabalho, foram discutidos variados problemas envolvendo a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais. Diante de um complexo catálogo constitucional de direitos fundamentais, os estudos aprofundaram o olhar sobre as várias dimensões protetivas desses direitos.

Podemos classificar os trabalhos em três diferentes grupos. Em uma primeira parte, há um conjunto de artigos que faz discussões enquadráveis em uma Teoria dos Direitos Fundamentais. Há trabalhos sobre conceito, história e interpretação dos direitos fundamentais. Uma segunda parte traz artigos que têm o foco em discussões conceituais sobre direitos fundamentais em espécie. Finalmente, segue uma terceira parte, na qual direitos fundamentais em espécie são enfocados em uma discussão em torno de situações específicas de aplicação.

Na primeira parte do livro, Isabelly Cristinny Gomes Gaudêncio, Mestranda no Centro Universitário de João Pessoa, faz uma discussão conceitual sobre direitos humanos, sua definição e a história de sua consagração, destacando, em sua definição, as ideias de dignidade humana e de mínimo existencial. Neumalya Lacerda Alves Dantas Marinho, também mestranda no UNIPE, de João Pessoa, propõe a discussão sobre a relativização da dignidade humana, quando em conflito com um conceito de dignidade humana da sociedade. Fernando Pereira Alqualo, mestrando na Uninove, trata do princípio da fraternidade e sua prática, que alimenta um ativismo judicial. Matheus Brito Nunes Diniz e Ana Angelica Moreira Ribeiro Lima, Mestrandos da UFPB, trabalham com o que chamam de tríplice vinculação do Estado pelos direitos fundamentais, enfocando papéis dos poderes estatais na garantia de direitos.

A segunda parte é iniciada com o trabalho de Raul Abreu Cruz Carvalho, Mestrando na Universidade de Fortaleza, que propõe uma discussão sobre o fundamento constitucional da proteção do idoso, identificando a solidariedade como princípio constitucional implícito. Tereza Margarida da Costa de Figueiredo e Yara Pereira Gurgel, respectivamente Mestranda

e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, discutem a relação de pertinência entre liberdade de expressão e mínimo existencial, a partir do conceito de mínimo social. Roberta Farias Cyrino e Jorge Di Ciero Miranda, respectivamente Mestra e Mestrando na Universidade de Fortaleza discutem mudanças decorrentes da construção do que é chamado de "sociedade da informação" e, por consequência, diversas dimensões do direito à informação. Francielle Lopes Rocha e Natalia Santin Marazo, mestrandas no Cesumar, discutem a relação entre dignidade humana e liberdade de expressão, a partir do estudo de discursos que fomentam o ódio contra minorias sexuais. Lucas de Souza Lehfeld e Marina Ribeiro Guimarães Mendonça, respectivamente Professor e Mestranda na Universidade de Ribeirão Preto, discutem o princípio da afetividade na proteção constitucional na proteção de direitos homoafetivos. Tiago Clemente Souza e Danilo Pierote Silva, Mestre e Mestrando no Centro Universitário Eurípides Maia, apresentam o questionamento sobre a existência de um direito fundamental à prova e a possibilidade de renúncia nas relações jurídicas privadas.

Ainda na segunda parte, Romulo Magalhães Fernandes, Mestrando na PUC-MG, e Anna Carolina de Oliveira Azevedo discutem imprensa e o problema da relação entre direitos fundamentais que a protegem e direitos que são por sua atividade atingidos. O doutor Eder Bonfim Rodrigues apresenta um estudo comparativo entre Brasil e França quanto ao tratamento jurídico do uso de símbolos religiosos, discutindo o conceito de laicidade. Aline Fátima Morelato e Marcela Leila Rodrigues da Silva Vales, doutorandas na Fadisp, discutem diversos instrumentos jurídico-institucionais de concretização do acesso à justiça, especialmente a chamada assistência jurídica integral e gratuita. Larissa Peixoto Valente, Mestranda na UFBA, trabalha com a garantia do devido processo legal, tratando do seu conceito, sua formação histórica e o alcance de sua proteção.

A terceira e última parte traz o trabalho de Rodrigo Ribeiro Romano, aluno da UFRN, que discute a questão da legitimidade da jurisdição constitucional em uma democracia, a partir da problematização do papel do Procurador Geral da República na proteção de grupos sociais minoritários. Anna Cândida da Cunha Ferraz e Dayse dos Santos Moinhos, Professora e Mestranda na Unifio, discutem o direito à vida, fazendo uma análise crítica de duas decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam desse direito (ADI 3.510 e ADPF 54). Raisal Duarte da Silva Ribeiro, Mestranda na UFF, e Rodrigo de Souza Costa, Professor da UERJ, analisam o Caso Ellwangen, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que envolveu uma discussão entre repressão ao racismo e proteção da liberdade de expressão. Renan Moreira de Norões Brito, Mestre pela UNIFOR, analisa a decisão pela inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 31/2004 do Município de Criciúma/SC, que tratava do estabelecimento de cotas raciais para ingresso em cargo público. Irna Clea de Souza Peixoto, do CESUPA, discute o interesse social na ressocialização de condenados, estudando o "Caso Champinha,

no qual, com base em um laudo pericial psiquiátrico, foi determinado o seu internamento. Bruno Rodrigues Leite e Alexandre Ferrer Silva Pereira, mestrandos na PUC-MG, estudam norma que regula atuação da Prefeitura de Belo Horizonte em relação bens de pessoas em situação de rua.

Continuando a terceira parte, Têmis Lindemberger e Brunize Altamiranda Finger, da Unisinos, refletem sobre a responsabilidade do Estado quando não fornece, após o diagnóstico, tratamento a tempo para pessoas com câncer. Francisco Rabelo Dourado de Andrade, Mestrando na PUC-MG, discute o exercício do direito ao protesto, a partir de uma reflexão sobre direitos fundamentais e processualidade democrática. José Guilherme Ramos Fernandes Viana e Walesca Cariola Viana, da Unifieo, trabalham com situações de violação de direitos fundamentais no transporte de presos em porta-malas de viaturas policiais.

Todos os trabalhos foram objeto de discussão, com a Coordenação do Grupo de Trabalho, com o público presente e, fundamentalmente, entre os autores. Não houve trabalho que, no debate, não fizesse interação com temáticas abordadas em outros artigos. Verificamos, ainda, que os temas atraíram outros participantes do evento, que não tinham trabalhos inscritos no GT, o que enriqueceu mais ainda a discussão.

Vamos aos textos.

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO
THE DUE PROCESS OF LAW IN THE BRASILIAN LEGAL SISTEM**

Larissa Peixoto Valente

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a origem do devido processo legal, assim como seu conteúdo nos aspectos procedural e substancial. Em seguida, analisa-se a evolução histórica desta cláusula no direito brasileiro, identificando-o, por fim, como um direito fundamental no Brasil.

Palavras-chave: Devido processo legal, Direito fundamental, Sistema jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to study the origins of the clause of the due process of law, the process and material aspects. Then, analyses the historic evolution of this clause in the brasilian law, identifying, at least, like a fundamental right in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Due process of law, Fundamental right, Legal sistem

1. INTRODUÇÃO

Este artigo pretende abordar a cláusula *due process of law* e seus efeitos sobre o sistema jurídico desde suas origens até os dias atuais. Passa-se a estudar a referida cláusula, em razão da necessidade de se conferir legitimidade aos processos judiciais, aos processos de legislação e às intervenções nos direitos fundamentais e sua proteção pelo Estado.

De início se analisa a origem da referida cláusula, remontando-se a Magna Carta, promulgada em 1215 na Inglaterra e sua evolução na jurisprudência norte-americana. Seus caracteres se identificam de forma a se desenhar os melindres dessa cláusula nos seus aspectos processual e substancial, reconhecendo que é densificado por outros princípios, como o da ampla defesa, do juiz natural, do direito de ação.

O presente artigo se orienta nos métodos dedutivo e dialético para se alcançar a conclusão referente aos efeitos da cláusula do devido processo legal como um direito fundamental, previsto na Constituição Federal de 1988.

Assim, a temática escolhida é por demais importante e demonstrará no decorrer do seu estudo que a proteção dos direitos fundamentais passa pela observação do devido processo legal e as regras que o densificam num sistema jurídico.

2. ORIGEM DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A origem da cláusula do devido processo legal remonta à história medieval da Inglaterra, mas precisamente no século II. No ano de 1066, Guilherme, o conquistador, invadiu a ilha e institucionalizou ali a estrutura feudal e seus postulados sociais, políticos e econômicos, de forma que não se destoava da estrutura piramidal feudal europeia.

Os poderes estavam fragmentados e não tardaram a se harmonizar na comunhão de interesses análogos, formando uma aliança entre os lordes e, posteriormente, o clero. Tal aliança fez com que as rivalidades entre a nobreza e o trono crescessem ao longo dos reinados dos sucessores da linhagem do conquistador, levando a pressões contra o arbítrio real e a favor da constituição de um parlamento.

As pressões da nobreza atingiram o clímax quando governava João Sem Terra. Incapaz de resistir, outorgou, em 1215, aos senhores dos feudos a *Magna Carta* (*Magna Charta Libertatum Angliae Terrae*), estatuto fundamental do direito inglês e de outros povos

que nela beberam os princípios básicos de sua estruturação política e jurídica.¹ Nela se consubstancializou o devido processo legal, podendo ser encontrado no artigo 39 do referido documento² a partir da fórmula primitiva *law of land* e do julgamento pelos pares.

A garantia do devido processo legal, diante da transformação de fundo do Estado liberal para o social, acabou por transformar-se em axioma permanente da comunidade política, investindo-se no papel de verdadeiro termômetro da validade dos atos estatais nas relações entre “Estado-indivíduo” e “Estado-sociedade”. Porém, limitava apenas os atos reais, não havendo interferência no Parlamento. Além disso, não visava proteger os direitos individuais do cidadão, pois a concepção moderna de povo era então totalmente desconhecida³, além de que o texto permaneceu em latim por duzentos anos, de forma a beneficiar uma parcela ínfima da população⁴.

Com o hábito dos soberanos britânicos de confirmarem a Grande Carta ao ascender ao trono, a expressão *per legem terrae* vai se repetindo e incorporando ao sistema jurídico inglês. Mas não foi senão em 1354, durante o reinado de Eduardo III, por obra de algum autor desconhecido, numa lei inglesa denominada de *Statue of Westminster of the Liberties of London*, que a frase *per legem terrae* foi substituída pela expressão *due process of law* em uma lei do Parlamento⁵. Na realidade, nesse período da primeira infância deste instituto, as expressões *law of the land*, *due course of law* e a *due process of law*, que acabou se consagrando, eram tratadas indistintamente pela mentalidade jurídica então vigente.

A cláusula assegurava aos homens livres, notadamente aos barões vitoriosos e aos proprietários da terra a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, à liberdade e, sobretudo, à propriedade, que só poderiam ser suprimidos através da “lei da terra”. Tal significa dizer que esses direitos naturais assim elencados somente poderiam sofrer limitações segundo os procedimentos e por força do direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais, ou seja, pelos princípios do *common law*⁶.

Nos séculos XV e XVI, a Magna Carta ficou um pouco esquecida, pois os ingleses estavam atentos ao fortalecimento do seu Parlamento e à repartição de poderes com o

¹ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Princípios constitucionais tributários e a cláusula due process of law**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1964, p 23.

² Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com fora contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra.

³ DÓRIA, p 21-23.

⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P 5.

⁵ DÓRIA, 22-3

⁶ Castro, 6,7

monarca. No entanto, no século XVII, criaram-se arestas entre Coroa e Parlamento. Novas arbitrariedades reais geraram sucessivas dissidências entre os poderes estatais, o que conduziu a uma releitura da cláusula do devido processo legal. Foi assim que Carlos I, em busca de colaboração do Parlamento na condução do reino, assinou a petição, então alcunhada de *Petition of Rigths*, em 1628, cuja origem, concepção e repercussão remete ao pensamento de que este foi um dos documentos antecedentes a Declaração de Direitos Americanos⁷.

Por reinterpretação de Sir Coke (século XVIII) e, em seguida, de Blackstone (século XVIII), o *due process of law* deixava de ser mera fonte de direitos e franquias para senhores feudais, para se tornar garantia de julgamentos conforme o *common law*, de acordo com um processo legal. Sustentavam, por demais, a supremacia da Magna Carta perante todos os poderes do Estado – inclusive o Parlamento⁸.

Somente em 1641, com a promulgação da "Declaração de Liberdades" da colônia inglesa situada na baía de Massachussets, que explicitamente se inscreveu, em linguagem rudimentar, um princípio análogo ao consagrado na Carta Magna. A partir daí, diversas declarações de direitos foram escritas e posto o princípio do devido processo legal, desligando-se da sua matriz inglesa e passando a integrar o sistema jurídico norte americano.⁹

A Declaração de Independência dos Estados Unidos não agasalhou explicitamente a norma. Contentou-se em proclamar os axiomas políticos da nação recém-constituída, de que todos os homens são criados iguais e dotados de direitos inalienáveis como a vida, liberdade e a busca da felicidade.¹⁰ É tão somente com a Convenção de Filadélfia, da qual emerge, em 1787, a Federação e a Constituição dos Estados Unidos da América, que se faz sentir, no plano federal, a necessidade de se circunscrever a esfera privativa dos direitos individuais, imunes à interferência da União recém-organizada¹¹.

Na V Emenda, cristalizara-se, em sua forma mais pura o preceito do devido processo legal: "*No person shall be deprived of his life, liberty or property, without due process of law*". Após a Guerra de Secessão quando, abalada a União em seus alicerces de perpétua unidade, compenetrrou-se o Congresso da necessidade de fortalecê-la, de centralizar maior

⁷ DÓRIA, p 24

⁸ BRAGA, Paulo Sarno. **As origens do devido processo legal: sua incorporação ao ordenamento brasileiro.** In Revista do Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal da Bahia. nº 15. P 329-357, p. 338.

⁹ DÓRIA, p 28.

¹⁰ DÓRIA, p 28.

¹¹ DÓRIA, p 29

número de poderes e, primordialmente, de garantir aos escravos alforriados a igualdade jurídica que lhes fora sistematicamente negada¹².

A diversidade entre o direito constitucional inglês e seu congênere norte-americano repousa antes numa variação de técnicas de instituição de declarações e se explica em razão de peculiaridades e contingências puramente históricas. Os valores e os princípios que permeiam as instituições políticas, sociais e econômicas de ambas nações são, em sua essência, fruto de idêntica concepção global do homem e do universo, conquanto realizados praticamente através de diferentes técnicas e instrumentos de ação jurídica.¹³

A evolução constitucional britânica, travada na resistência do Parlamento frente à autoridade monárquica, acabou desaguando na supremacia parlamentar, vista lá como símbolo do regime democrático da maioria, e quando depois alcançado o sufrágio universal, como afirmação do próprio povo contra o arbítrio da monarquia.

Já os Estados Unidos da América, tanto no período colonial quanto após sua independência, preponderava um nítido preconceito contra o Poder Legislativo, haja vista a legislação inglesa que impunha prejuízos econômicos para sua colônia norte americana. Por isso mesmo, após sua emancipação política e reunião na federação norte-americana, cuidaram logo os Estados recém-independentes de controlar e coibir os excessos do Poder Legislativo, para o que se valeram de dois mecanismos fundamentais, a saber, o controle judicial da constitucionalidade das leis e o veto presidencial incidente no processo de legiferação.¹⁴

Além desta, outra diferença se observa em relação ao que se considera legalidade. Na Inglaterra, o Parlamento poderá abolir até mesmo os mais veneráveis documentos constitucionais, de forma que resulta daí, em consequência, uma marcante diferença na própria formulação do conceito de legalidade. Enquanto para os americanos a legalidade coincide com a supremacia da Constituição segundo declarada pelos juízes e tribunais, para os ingleses significa a vontade do Poder Legislativo expressa nas leis votadas segundo o princípio da maioria parlamentar¹⁵.

O *Bill* inglês foi aprovado pelo Parlamento como lei, sujeito a ser emendado ou revogado à discriminação da legislatura que a criara. A noção de *Bill* americano incorpora garantias de liberdade individual a um documento constitucional no qual se define e limita as áreas de legitimidade da ação legislativa. Em outras palavras, enquanto o *Bill of Rights* inglês

¹² DÓRIA, p 32

¹³ DÓRIA, p 33

¹⁴ CASTRO, 13.

¹⁵ Ibid, 14.

simboliza a vitória do Parlamento sobre a monarquia, o norte-americano expressa uma conquista supralegal da sociedade sobre o Estado como um todo, cuja implementação é confiada ao Poder Judiciário como depositário fiel das liberdades individuais¹⁶.

De toda exposição retrospectiva se conclui que a cláusula do devido processo legal, intimamente associada à própria prerrogativa da revisão judicial e à independência do Poder Judiciário na partilha de competências orgânicas do Estado, esteve sempre latente no pensamento constitucional norte-americano, haurido e aperfeiçoado a partir das tradições jusnaturalista do *common law* anglo-saxônico. Em razão de seu enunciado elástico e amoldável as exigências cambiantes dos costumes, a garantia do devido processo legal experimentou profundas variações no tratamento jurisprudencial. Tornou-se, ao lado do princípio da isonomia, o principal instrumento de argumentação de que lançou mão da doutrina e a jurisprudência no vibrante processo de transformação do Direito Constitucional nos Estados Unidos da América¹⁷.

3. CONCEITO

A expressão *per legem terrae* traduzia em seus elementos mais simples na garantia resumida a um processo ordenado. Com o envolver dos tempos, e o natural refinamento das instituições políticas e jurídicas da Inglaterra, o conceito do adequado processo legal foi-se enriquecendo, ganhando novas dimensões e significados. Assim, da exigência primitiva de um processo formalizado, o princípio passou a compreender também, por obra dos chanceleres reais, o requisito da prévia citação para a demanda e da oportunidade de defesa¹⁸.

A expressão *due process of law* é rigorosamente equivalente à expressão *law of the land* que lhe serve de antecedente histórico. Ambas, no seu sentido originário, dedignavam garantias processuais; e sofreram, pelo processo de inclusão e exclusão, típico da jurisprudência anglo-americana, uma ampliação de sentido, até ser converterem numa limitação constitucional dos poderes do Estado.

A cláusula permite que as mudanças na sociedade sejam acompanhadas, servindo como espécie de vetor para os juízes. Como escreve Pound, o *due process of law* é um standard, pelo qual se guiam os tribunais, e, assim, deve aplicar-se tendo em vista circunstâncias especiais de tempo e de opinião pública em relação ao lugar em que o ato tem

¹⁶ Ibid, 21.

¹⁷ Ibid., p. 27

¹⁸ DÓRIA, p 25

eficácia.¹⁹ É nesse sentido, inclusive, que Ada Pellegrini Grinover²⁰ defende a cláusula do devido processo legal: é uma proposição que oferece elementos em branco, cuja determinação varia com as condições histórico-políticas e econômicas sociais dos momentos.

Convenientemente vaga em sua expressão literal, proibindo a infringência a direitos relativos à vida, liberdade e propriedade, a cláusula se constituiria num instrumento hábil para amparar as limitações constitucionais ao exercício do poder legislativo federal e estadual. Porém, o conceito genérico de *due process* jamais foi elaborado. Quase um século de aplicação não permitiu ainda a exata delimitação de seu conteúdo. Alternam-se os juízes, à fluidez das diretrizes do Direito Natural se substitui o standard da razoabilidade das leis, mas não se completa a cristalização do conceito. Inútil, portanto, buscar um conceito formulado na jurisprudência norte-americana e anglo-saxônica, pois a consolidação dos limites do conceito implicaria em prejudicar a interpretação constitucional flexível às mudanças sociais, políticas e econômicas.

O histórico e o contingente do conceito não significa, necessariamente, sua indeterminação absoluta, insuscetível de um mínimo de delimitação, sob pena de, em verdade, se estar nominando com o mesmo vocábulo realidades diferentes. É imprescindível, portanto, a reflexão dirigida no sentido de destacar o que é mínimo e indispensável para a configuração do devido processo legal, sejam quais forem as condições histórico-política e econômico-sociais dos momentos²¹. Há autores que se arriscam a indicar os traços mínimos e imprescindíveis do devido processo legal. É o caso de Calmon de Passos²²:

Observação primeira é a de que se cuida de garantia vinculada ao processo jurisdicional, isto é, a processo em que é figurante um juiz, com todas as exigências que o fato de ser juiz impõe necessariamente. E elas, são, em síntese, a mais estreita possível, a imparcialidade e a independência. Ausente qualquer dessas notadas, desnatura-se a condição de juiz, do que resulta o desvirtuamento da garantia do processo. Só é devido processo legal o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial e independente.

Observação segunda é a de que nada conduzirá, em concreto, assegurar-se a imparcialidade e a independência do juiz se também não for garantido ao cesso ao julgador, como direito público subjetivo deferido a todo e qualquer sujeito submetido ao império de determinada ordem jurídica.

Observação terceira é a de que as duas garantias precedentes se mostram insuficientes se não assegurado às partes o contraditório, visto como é da

¹⁹ Roscoe Pound Apud

DANTAS, F.C. de San Tiago. **Igualdade perante a lei e o dueprocessoflaw**. In Revista Forense Comemorativa – 100 anos, v. 1. Coord. Nagib Slaibi Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 346

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. P 31.

²¹ PASSOS, J. J. Calmon de. **O devido processo e o duplo grau de jurisdição**. In Revista Forense Comemorativa 100 anos. Coord. José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 437-451. p. 440.

²² PASSOS, p. 440/1

participação ativa dos interessados que a imparcialidade do juiz recolher o necessário para a realização da justiça no caso concreto²³.

(...)

Observação última é a de que a verificação do atendimento das garantias precedentes (interesse não só dos litigantes como do próprio Estado-juiz), reclama a existência de meios de controle, sem o que ficarão desprovidas da segurança de que necessitam revestir-se.

A cláusula, portanto, impunha a segurança a todos do acesso ao juiz natural, o direito de ser ouvido em processo contraditório, institucionalizando-se os meios de controle da exatidão do seu processo. Por outras palavras porventura mais expressivas: o *due process of law* pressupõe que o processo legalmente previsto para aplicação de penas seja ele próprio um processo devido obedecendo aos trâmites procedimentais formalmente estabelecidos na constituição ou plasmados em regras regimentais das assembleias legislativas. Além disso, procedimentos justos e adequados pressupõe que justo seja o procedimento de criação legal dos mesmos processos²⁴.

Canotilho observa que essas garantias processuais fazem parte de uma terceira dimensão do Estado de Direito, pilar fundamental do Estado de Direito e coroamento do Estado de Direito. Para o autor lusitano, essas expressões denotam a importância do devido processo legal a afim de assegurar uma proteção jurídico-judiciária individual sem lacunas. Conclui, portanto, Canotilho, que, a partir do Estado de Direito, surge a exigência de um “procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito”²⁵.

Por ora, o *due process of law* não possui um conceito fechado, mas apenas caracteres mínimos que permitem identificar o seu respeito pelas autoridades do judiciário, legislativo e âmbito administrativo. Quanto maior o número dessas indicações, mais precisa a aplicação do devido processo legal ao caso concreto, pois que não se pode afastar a premissa de que o modo de ser da garantia é difuso e ela somente se define com exatidão frente a uma situação fática concreta²⁶.

4. O DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCESSUAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL

²³ Para Calmon, O contraditório, como garantia do devido processo legal pro seu turno, não se cumpre com a mera citação do réu, mas reclama compeltar-se a ciência do interessado com o direito, reconhecido aos litigantes, de participação paara provar e de alegação para esclarecer e convencer.

²⁴ CANOTILHO, p 481.

²⁵ Ibid., p. 273-274.

²⁶ CARVALHO, Anete Marques Penna de Bastos, Elísio Augusto Velloso. **O devido processo legal administrativo tributário**. In Dias, Jean Carlos, Klatau Filho, Paulo. O devido processo legal. São Paulo: Método, 2010. P. 180

Na evolução interpretativa da garantia do *due process*, três fases podem ser bem caracterizadas.

Na primeira, que vai da aprovação do *Bill of Rights* (1689) até metade do século XIX, o primitivo entendimento da cláusula como simples garantia de legalidade, direito a um *ordely proceedings*, experimenta superação, surgindo decisões que nela viam uma garantia posta a serviço dos direitos fundamentais, podendo ser invocada contra o legislador, na medida em que ele põe, de modo arbitrário, normas processuais obstaculizadoras do exercício daqueles direitos. Essa arbitrariedade é determinada em cada caso concreto, sem que exista a preocupação de defini-la, aprioristicamente, devendo ser identificada casuisticamente, segundo considerações de *common right and reason*.

O caso Murray marca a segunda fase da construção do alcance da cláusula do *due process*. Nele se assentou que uma norma processual é segundo o devido processo quando não viole nenhuma das outras garantias processuais da constituição e, em segundo lugar, não contraste com os antigos costumes e formas processuais acolhidas pela *common law* inglesa inicialmente (1776) e recebidas posteriormente pelos Estados Unidos da América, quando de sua independência.

No início do século XX, a discussão sobre o conteúdo e a validade dos *settes usages* tende a ser superada com uma terceira interpretação. A Suprema Corte, apreciando uma série de antigos precedentes, interpreta o *due process* como a garantia positiva de um direito natural dos indivíduos a um processo informado por princípios superiores de justiça. O processo é justo não apenas porque se desenvolve com atendimento a formas tradicionais; os limites postos pela Constituição não dizem respeito à forma, mas à substância do processo, não traduzem adesão a priori a esquemas naturais, mas asseguram, antes, o respeito a garantias concretas de justiça²⁷.

Para além dessa exigência da satisfação das regras do procedimento, passou a ser extraído do princípio um enfoque substantivo ou material constante na proibição de que lei ou ato governamental privasse tais direitos de modo arbitrário, desarrazoado, em enfoque similar à razoabilidade ou proporcionalidade²⁸.

Nos Estados Unidos, a fase de implementação e ferrenho desenvolvimento e aplicação do enfoque substantivo ao devido processo legal, para proteger, exclusivamente, os direitos de propriedade, liberdade e vida, ocorre do final do século XIX até os anos 30 do século passado, o que, inclusive, irá gerar à Suprema Corte o sugestivo apelido de “Tribunal

²⁷ PASSOS, 439.

²⁸ CARVALHO, 2010, P. 178

do Laissez-faire”. A partir dos anos 30 do século XX, também por construto jurisprudencial estadunidense (Leading case *United States v. Carolene Prducts*), o princípio passou a tutelar os direitos fundamentais de um modo geral, e não apenas aos direitos à vida, propriedade e liberdade. Tal visão influenciou a definição do princípio do devido processo legal em solo brasileiro.²⁹

O conceito de devido processo foi-se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula, de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão. A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial.

4.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCEDURAL

O princípio, originariamente, significava apenas a obrigatoriedade de existência de um processo, com regras precisamente criadas, como requisito prévio a que alguém fosse privado da vida, liberdade e propriedade, no que a doutrina contemporânea atualmente identifica como sendo seu enfoque processual.

Como princípio condicionante do processo criminal, a cláusula *due process of law* enfeixava garantias explícitas e implícitas no sistema de liberdades protegido pela Constituição. Dentre as garantias adotadas expressamente no estatuto constitucional norte-americano, mencione-se a proibição de edição de atos legislativos que importe em considerar alguém culpado pela prática de crime sem a precedência de um processo e julgamento regular em que seja assegurada ampla defesa e de leis retroativas, direito ao júri, proibição de alguém ser julgado duas vezes pelo mesmo fato e a vedação da auto-incriminação forçada. Também vislumbra-se o direito a um julgamento rápido e público, por júri imparcial e com competência territorial predeterminada, o direito a ser informado acerca da natureza e causa da acusação, direito de defesa e ao contraditório.

²⁹ Ibid, p. 179.

Ao lado dessas garantias formais, existem aquelas que vigoram por via de implicitude e que são reconhecidas como integrantes do sistema constitucional de liberdades públicas por força de decisões judiciais reverenciando-se a ideia jusnaturalista de direitos pré-constitucionais e mesmo pré-estatais a serem observados pelo Estado, como o direito a ser ouvido o quanto antes em audiência judicial, direito de contraditar argumentos e a conhecer e pronunciar-se sobre documentos juntados pela acusação, além do direito de qualquer suspeito de infração criminal ser notificado pela autoridade policial da sua prerrogativa de poder permanecer calado e de ser assistido por um advogado nomeado pela Justiça, caso não tenha condições de contratar um profissional habilitado³⁰.

Foi natural consequência que essa garantia originariamente voltada à regularidade do processo penal, onde buscava adequar o jus libertatis dos acusados ao jus puniendi do Estado, transpusesse as fronteiras penalistas e se estendesse a todas as relações processuais, de maneira a abranger também a processo civil.

Como bem descreve Ada Grinover, a possibilidade de agir e de se defender, o desenvolvimento do processo e a observância do contraditório, mediante uma distribuição equitativa de meios e possibilidades processuais, colocam ambas as partes em posição de igualdade formal, com oportunidades uniformes quanto ao resultado prático do processo. Por essa razão, o conteúdo da cláusula, no processo civil, subsuma-se na garantia da ação e da defesa em juízo³¹.

Resultou daí a necessidade institucional de que a composição dos litígios na jurisdição civil ficasse por igual subordinada aos cânones do contraditório e da ampla defesa. O que se exige, pois, para a satisfação do devido processo legal não é apenas um procedimento ou um conjunto de sequencial de atos judiciais conducentes a um veredito final; exige-se, isto, sim, um autêntico processo, com todas as garantias do contraditório e da defesa.

Do campo processual penal e civil a garantia do devido processo legal alastrou-se aos procedimentos travados na Administração Pública, impondo a essa rigorosa observância dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Por sua crescente prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a sociedade e os indivíduos, de outro³².

³⁰ CASTRO, p. 31-2

³¹ GRINOVER, p.40

³² Assumiu específica importância na área do poder de polícia, considerado genérica e modernamente como a competência explícita ou implícita dos órgãos estatais para disciplinar o exercício da liberdade individual e a

O devido processo legal opera como projeção constitucional do formalismo processual, confiando-se entre o informalismo – expõe as partes ao exercício arbitrário do poder estatal – e o formalismo excessivo – que, por apego a formalidades processuais dispensáveis, põe em xeque a justiça do caso concreto.

Formalismo processual, bem entendido, significa a totalidade formal do processo, compreendendo não apenas as formalidades processuais essenciais ao devido processo legal, mas, sobretudo, a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. Neste sentido, o formalismo processual abrange a própria ideia do processo como organização da desordem, regulando-se a participação das partes, emprestando previsibilidade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado e, por outro, como poderoso fator de igualação dos contendores entre si³³.

Cabe ressaltar que não há formalismo por formalismo, emergindo daí a proposta de um formalismo-valorativo, segundo o qual o que importa é a organização de um processo justo, informado pelos valores da efetividade e da segurança jurídica e voltado para a realização da justiça do caso concreto e da pacificação social³⁴. A justa organização do processo depende, portanto, das circunstâncias do caso concreto. Assim, cabe ao órgão judicial atentar para as peculiaridades do caso submetido a seu julgamento, pois, ainda que atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, o processo pode revelar-se injusto ou conduzir a resultado injusto. Além disso, o formalismo-valorativo é informado pela lealdade e boa-fé, que deve ser apanágio de todos os sujeitos do processo, e não só das partes. Por fim, requer, ainda, o formalismo-valorativo, o emprego da equidade com função interpretativa, sobretudo como normas de princípio, não apenas na organização do processo pelo legislador, mas, igualmente, no próprio exercício da função jurisdicional.

Verifica-se, pois, que a cláusula procedural *due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível³⁵. Ao lado do *procedural due process*, sustenta-se a existência de um *substantive due process*, garantindo o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e de propriedade (em sentido amplo). A cláusula não mais se limita à determinação processual

utilização da propriedade em benefício do bem comum, ou seja, de ordenar os direitos privados em harmonia com os superiores interesses coletivos. (CASTRO, 35)

³³ MATTOS, p. 131

³⁴ Ibid., p. 134.

³⁵ NERY, p. 39-41

de direitos substanciais, mas se estende à garantia de que seu gozo não seja restringido de modo arbitrário ou desarrazoado.³⁶

4.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL

A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no princípio da razoabilidade das leis. Toda lei que não fosse razoável, isto é, que não fosse a *law of the land*, seria contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.

A jurisprudência possuía lealdade perante os valores do liberalismo e individualismo, cujo apogeu se deu nos séculos XVIII e XIX. A teoria constitucional e, de resto, o discurso normativo, tinha por objetivo, nessa visão liberal de mundo, limitar a atuação governamental, assegurar a autonomia do indivíduo e, assim, promover a economia de mercado, tudo entendido como direito natural e inalienável. Foi com base nessa compreensão estrutural dos valores da liberdade e da riqueza, que encarnam o liberalismo econômico e que foram sacralizados pelo sistema constitucional norte-americano, que o Tribunal Maior dos Estados Unidos passou a vislumbrar na cláusula *due process of law* a fórmula sob medida para patrocinar a expansão da revisão judicial, a ponto de controlar a razoabilidade e racionalidade das leis e dos atos de governo em geral³⁷.

Assim é que, antes mesmo do fim do século XIX, teve início a grande série de pronunciamentos judiciais que, a pretexto de se preservar o regime econômico calcado na livre iniciativa, invalidaram os primeiros exemplares da legislação intervencionista do Estado contemporâneo³⁸. Por estar sempre associada ao sistema de liberdades fundamentais que caracterizam o liberalismo social e político, a cláusula *due process of law* acabou servindo, e muito, como instrumento de preservação do equilíbrio econômico e financeiro, isto quando o intervencionismo estatal começa a dar os primeiros passos na década inaugural do século XX. Nesse período, a garantia do devido processo legal assume uma nítida postura substantiva e limitadora do mérito das ações estatais, principalmente após a Primeira Guerra Mundial.

³⁶ MATTOS, p 115-6

³⁷ CASTRO, p. 46

³⁸ CASTRO, p. 49

O caso *Lochner*³⁹ simboliza a tendência da restrição judicial no princípio do século XX contra a legislação de ordem econômica constrangedora da liberdade de iniciativa. A doutrina *Lochner*, logo transformada em figurino no campo do controle jurisdicional sobre as medidas de intervenção do Estado na ordem econômica e social, foi responsável pela invalidação de dezenas de textos legislativos nos anos vinte do século passado, tendo por objeto a regulamentação dos mais variados setores da economia, como o tabelamento de preços, as condições de comércio, indústria e profissão, além das relações de trabalho e sindicais. Seu prestígio perdurou até a década de 1930, do século passado, quando a política do *New Deal*, preconizada pelo Presidente Roosevelt e inspirada no neo-capitalismo de cunho intervencionista, idealizado por Lord Keynes, fez sepultar os exageros do liberalismo organicista, consagrando de vez o dirigismo estatal e o Estado assistencialista, como imperativo da justiça social e como política salvadora da própria economia de mercado nas sociedades de massas caracterizadas pela perenização dos conflitos e das confrontações ideológicas⁴⁰.

Em que pese esse verdadeiro abandono da garantia do devido processo legal como mecanismo de intromissão judicial na economia dos negócios privados, é interessante notar que essa cláusula constitucional estaria destinada a trilhar novos caminhos exegéticos, exurgindo como o grande escudo protetor das liberdades individuais não econômicas. É certo que a partir da terceira década do século passado, com a consagração do Estado Social e a retratação da interferência judicial na organização do domínio econômico e social, a cláusula *due process of law* passa a ser cada vez mais aplicada em situações não econômicas, experimentando uma magnífica revitalização como instrumento de controle das invasões estatais nas faculdades ditas personalistas e de caráter não econômico, quais sejam aquelas reputadas essenciais ao exercício da personalidade humana e, ainda, da cidadania.

O poder judiciário passar a defender que o controle a ser exercido acerca da legislação econômica deveria ser menos rigoroso e, desse medo, mais respeitador para com os critérios e valorações adotados pelos órgãos formuladores de políticas governamentais sediados no Legislativo e no Executivo. Contrariamente, deveria crescer em rigor a revisão

³⁹ O leading case na área do controle judicial da legislação econômica surgiria no ano de 1905, no famoso case *Lochner v. New York*, quando a Suprema Corte estadunidense declarou inconsistente com a Constituição a lei daquele Estado, que fixara jornada máxima de trabalho para os empregados de padaria, reconhecendo, para tanto, que a garantia do devido processo legal assegurava aos empregados e empregadores a faculdade de livremente contratarem a duração do trabalho diário, portanto, sem qualquer ingerência do Poder Público. Mais precisamente estava em questão a constitucionalidade de uma lei trabalhista do Estado de Nova Iorque que proibira o trabalho de padeiros por mais de dez horas diárias e além de sessenta horas semanais.

⁴⁰ CASTRO, p 57

judicial a ser efetivada em face da legislação que tenha por objeto qualquer restrição de direitos fundamentais explícita ou implicitamente assegurados na Constituição e em suas emendas, como os direitos de culto, de reunião e da livre expressão do pensamento. Em síntese, haveria a presunção de constitucionalidade de que desfrutam os atos legislativos e que deveriam reduzir de intensidade quando estivessem em jogo as liberdades civis protegidas pelo *Bill of Rights*.⁴¹

A cláusula do devido processo legal, em sua acepção substantiva, constitui inesgotável manancial de inspiração para a criatividade hermenêutica. Essa garantia acabou por se transformar num amálgama entre o princípio da legalidade e o da razoabilidade para o controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais. Ademais, sua abertura permite que a constituição passe a vigorar diante das mudanças no contexto sócio histórico e econômico do Estado que estatui, passando a proteger os direitos individuais em face das intervenções estatais⁴².

Diversamente a respeito da existência de diferenças entre o devido processo legal processual e substancial, há que se destacar a opinião de Humberto Ávila. Para ele,

o uso da expressão devido processo legal substancial, como variante de significado supostamente decorrente da previsão expressa do devido processo legal é triplamente inconsistente: em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao devido processo legal, quando o seu fundamento reside na positivação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais; em segundo lugar, porque os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão devido processo legal substancial para representá-los; em terceiro lugar, porque o devido processo legal substancial, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, dá a entender que esses deveres não estão presentes no devido processo legal procedimental, quando servem para a sua própria configuração como processo adequado e justo.⁴³

Como são os próprios deveres de proporcionalidade e de razoabilidade que irão definir, ao lado de outros critérios, o que é um processo adequado ou justo, seria equivocado afirmar que há um devido processo legal procedimental, entendido como direito a um processo adequado ou justo, separado do devido processo legal substancial, compreendido como exigência de proporcionalidade e de razoabilidade. Nesse sentido, a expressão composta

⁴¹ CASTRO, p.60

⁴² NERY JUNIOR, 36-39

⁴³ ÁVILA, p. 359

de três partes fica plena de significação: deve haver um processo; ele deve ser justo; e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais.

5. A CLÁUSULA DUE PROCESS OF LAW NO DIREITO BRASILEIRO

5.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

No Brasil, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos, não se evoluiu de forma tão rápida e radical no sentido de se outorgar, ao Judiciário, poderes de controle da extensão que a interpretação *da due process of law clause* o fez. Havia uma influência francesa muito forte, de forma que os juízes brasileiros tenderam, em um momento inicial a aplicação da noção de desvio de poder⁴⁴.

A primeira Carta Constitucional brasileira foi outorgada em 1824, pelo imperador D. Pedro I, enquanto a Constituição norte-americana já incorporara a V Emenda, consagrando expressamente a máxima do *due process of law*.

Ao que parece, não se tinha conhecimento no Brasil, à época da ideologia libertária inerente ao devido processo legal, mas só uma noção distante de sua existência na seara dos procedimentos criminais. A despeito disso, na Constituição Imperial era possível apontarem-se alguns dispositivos que trazem limites ao poder estatal, que são os incisos, VII, XI, XVII e XXII, do seu art. 179 – positivando a inviolabilidade de direitos civis e políticos, fundados na liberdade, segurança e propriedade, de forma a vetar prisões sem culpa formada, garantir o juiz natural, e a desapropriação mediante indenização.

A proclamação da república em 1889 foi seguida da promulgação da Constituição de 1891. A primeira carta política da sede republicana incorporou o federalismo e firmou um judiciário mais independente e baseado em um sistema dualista, mas pouco avançou quanto às garantias individuais do homem. Limitou-se a preservar as garantias da constituição anterior, incorporando algumas outras como a ampla defesa na esfera criminal, liberdade de associação, liberdade de expressão, e uma cláusula aberta que admitia a recepção e outros direitos ali não elencados expressamente.

Com a revolução de 1930, advieram duas constituições. Primeiro a Constituição de 1934, que estendeu sensivelmente as liberdades civis, abarcando a liberdade de crença

⁴⁴ SILVEIRA, Felipe Feliz. **O devido processo legal e sua evolução no ordenamento constitucional/processual pátrios**, in Temas de direito público – a importância da atuação da advocacia pública para a aplicação do direito (revista da APES vol 2.) coor. Claudio Penedo Madureira. Salvador: Editora Juspodium. P 65.

profissão no artigo 113. Demais disso, manteve, no seu art. 114, a possibilidade de acolhimento, pelo sistema, de direitos individuais implícitos.

A Constituição de 1937 extirpou do sistema garantias fundamentais conquistadas – como a legalidade e irretroatividade. E além de retirar a proteção já existente para estes direitos, ainda legitimou a sua ofensa arbitrária pelo Estado, admitindo a detenção e pessoas, censura de correspondência, restrição à liberdade de reunião, busca e apreensão domiciliar.

A lei fundamental de 1946 reservou seu capítulo II para o regramento de direitos e garantias individuais. Em seu art. 141, conferiu proteção e inviolabilidade à vida, à liberdade, à propriedade e à segurança. No §4º, deste mesmo dispositivo, inovou, consagrando o direito fundamental de ação, do qual deflui tranquilamente a garantia do devido processo legal.

Com o golpe militar de 1964, vieram as constituições de 1967 e 1969. Garantias e direitos individuais foram positivados, mas jamais respeitados. Afinal, neste meio tempo, adveio o AI-5, responsável pela suspensão dos direitos constitucionalizados e exclusão dos atos subversivos da apreciação do Judiciário.

À falta de previsão expressa nas constituições pretéritas, o devido processo legal ingressou paulatinamente no direito pátrio como uma garantia inominada, mas em sua figuração apenas adjetiva ou processualista, sendo deduzido: dos princípios emergentes dos §§ 12 a 16 do art. 153 da Constituição de 1969 e de seus congêneres nas Cartas Políticas anteriores, e do §36 do citado art. 153, segundo o qual a especificação dos direitos e garantias expressos na Constituição de 1969 não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota. Sem embargo, não teríamos alcançado, sob a égide das constituições pretéritas, o estágio da utilização substantiva do devido processo legal⁴⁵.

Só com a aprovação da Emenda nº 26 de 1985, que reuniu a Assembleia Constituinte responsável pela Constituição Federal de 1988, o regime ditatorial chegou ao seu fim. Com a instalação da assembleia Nacional Constituinte no Brasil, em 1º de fevereiro de 1987, cujo laborioso e promissor trabalho foi concluído com a promulgação da atual Constituição do Brasil em 5 de outubro de 1988, o instituto do devido processo legal, e bem assim os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na atuação da administração, começam a deixar a fase do anonimato para figurarem solenemente no texto da nova e democrática Constituição do Brasil.

Sabe-se que, de início, restou aprovada no Plenário da Constituinte a disposição relativa à garantia do devido processo legal, conforme contida no Título II, Capítulo I,

⁴⁵ MATTOS, 91.

precisamente no art. 6º, §14, do Projeto final da Comissão de Sistematização presidida pelo insigne Senador Afonso Arinos de Melo Franco, e que teve como Relator o ilustre Deputado Bernardo Cabral, com a redação seguinte: *Não haverá juízo ou tribunal de exceção. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, e tampouco privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*

A inclusão, no elenco dos direitos fundamentais, desse instrumento representativo da histórica vitória do indivíduo e de suas liberdades essenciais frente ao Estado, deve-se à Emenda de Plenário de referência ES 24.488, de autoria do Deputado pelo Estado do Rio de Janeiro, Douto Vivaldo Barbosa, da legenda do Partido Democrático Trabalhista. A proposta original constante dessa emenda praticamente reproduzia os termos da parte correspondente das 5ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, a fim de determinar o seguinte: *Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*⁴⁶.

Já ao final dos trabalhos constituintes, a cláusula do devido processo legal acabou merecendo um espaço próprio e autônomo no elenco dos direitos individuais e coletivos, onde passou a figurar com a exata redação sugerida pela mencionada Emenda de autoria do Deputado Vivaldo Barbosa e que contou com o prestigioso apoio do Presidente da Comissão de Sistematização, Senador Afonso Arinos de Melo Franco. Esse direito fundamental acabou por último incrustado no art. 5º, LIV, do texto finalmente aprovada da nova Constituição do Brasil, com redação que prima ao mesmo tempo pela extrema simplicidade e pelas imensuráveis possibilidades exegéticas: *Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.*

Nesse contexto, a CF/88, em seu art. 5º, LIV, traz a primeira previsão explícita da cláusula do devido processo legal no ordenamento brasileiro, dispondo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Nesta cláusula, se inclui não só os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como ainda a exigência de motivação dos atos estatais, além de todo e qualquer requisito de legalidade e de justiça. Demais disso, inúmeros outros dispositivos trazem corolários seus, tais como o direito fundamental de ação, juiz natural, contraditório, ampla defesa.⁴⁷

O devido processo legal, assim, tem sido uma garantia inonimada nas constituições da era republicana e opera em íntima associação com outros princípios supraleais, notadamente o da legalidade, o da igualdade, o do contraditório, o da ampla defesa e já numa ótica substantiva, o da razoabilidade e o da proporcionalidade, numa espécie de síntese ou

⁴⁶ Castro, 407

⁴⁷ Paula Sarno, 351-355

amálgama de diversos direitos fundamentais explícitos e implícitos, tudo revelando a interdependência das normas constitucionais.

5.2 ALGUNS EFEITOS DA CLÁUSULA DUE PROCESS OF LAW NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No que se refere ao conteúdo e efeitos da cláusula do devido processo legal no ordenamento brasileiro, a doutrina vem se firmando no sentido de que o devido processo legal não está contido ou confunde-se com outras expressões constitucionais, como isonomia, acesso à justiça, ampla defesa, contraditório, moralidade, eficiência, que são garantias autônomas, porém não excludentes, devendo ser aplicadas simultaneamente, segundo as exigências do caso concreto.

Quanto à segurança jurídica, esta constitui o objetivo e é o elemento essencial não só do devido processo legal, mas de todo o sistema jurídico, pois é necessária à previsibilidade dos procedimentos e das regulações de condutas entre os indivíduos, ou entre estes e o Estado, até porque a certeza assegura aquela segurança. Ampara o devido processo legal no sentido de que a existência do Poder Judiciário garante a obediência aos procedimentos inerentes ao processo previstos em lei, assim como pelos efeitos da estabilização definitiva dos efeitos da coisa julgada.

A garantia do acesso à jurisdição está amparada no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88 ao reza que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Está atrelada a essa garantia a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, prevista no artigo LXXIV do art. 5º da CF/88. Também em relação ao acesso à jurisdição é assegurado o juízo natural, não podendo assim existir juízos de exceção, conforme a previsão do artigo. 5º XXXVII da CF/88, já que ninguém pode ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, nos termos do artigo 5º, LIII da CF/88. Portanto, são proibidos tribunais de duração temporária ou especialmente criados para julgamento de casos específicos após ocorridos os fatos.

É, por sua vez, inerente ao devido processo legal, a previsão da isonomia processual, ou seja, a paridade de armas em juízo. Mas essa igualdade processual não deve ser a meramente formal, mas a igualdade material, que considere as peculiaridades do direito discutido em juízo, bem como as condições da parte que a tornem digna de proteção processual diferenciada e mais adequada no caso concreto.

Segundo o inciso LV da CF/88 *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*. O contraditório consiste na obrigatoriedade de se ouvir em juízo a outra parte, bem como contemplar seus os argumentos com imparcialidade, garantindo-lhe o direito de ampla defesa, que engloba o direito de recorrer e de pronunciamento durante todo o processo.

Contudo, considerando que o processo só se estabelece plenamente com a participação de três sujeitos principais: Estado, demandante e demandado, gerando assim uma relação jurídica trilateral que vincula os sujeitos da lide e o juiz, todos à procura de uma solução para o conflito de interesses, têm se exigido para a consecução do processo justo, uma maior atividade por parte deste último (juiz) para que este seja mais participativo na condução e instrução do processo. Deve o juiz informar as partes dos atos praticados no processo, bem como contemplar os argumentos apresentados com isenção, ou seja, de forma imparcial.

Assim, visando à ampla defesa as partes podem requerer, e o juiz determinar, as provas que entendem pertinentes para o deslinde do processo, para demonstrar a veracidade das alegações feitas pelas partes de acordo com as regras do Código de Processo Civil - testemunhal, pericial, documental - ou obterem as partes, ou o juiz mandar obter, documentos por meios lícitos para nele juntar, pois as conseguidas por meios ilícitos não são admissíveis, como informa o artigo 5º, LVI da CF/88.

As partes têm também o direito de interpor recurso para corrigir a injustiça da decisão ou da sentença, sendo que a previsão constitucional do duplo grau de jurisdição se encontra no artigo 108, II da CF/88, que determina que compete aos Tribunais Regionais Federais julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição. Essa disposição também é aplicável aos Tribunais Estaduais pelo princípio da simetria, já que pelo artigo 125 da mesma Constituição *os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição*.

Outro aspecto do *due process of law* constante na Constituição Federal é o da justiça da decisão, ou do processo justo ou equitativo. Tal consiste na obtenção da justiça ao caso concreto, que também é garantida pela obrigatoriedade de motivação em todas as decisões judiciais e de publicidade dos julgamentos, conforme preceitua o artigo 93, IX da CF/88 que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e

fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

De fato, é pela motivação das decisões que as partes, e principalmente a coletividade, podem avaliar a justiça daquelas, já que cabe ao juiz explicitar as razões de fato e de direito que o fizeram decidir daquela maneira, dando razão a uma parte em detrimento da outra.

Finalmente cabe salientar que também é inerente – e reconhecido nas constituições contemporâneas de países europeus - ao *due process of law* a garantia do prazo razoável do processo e da efetividade da jurisdição. Segundo o artigo 5º, LXXVIII, da CF/88, *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*. Portanto, a respectiva norma assegura um direito, a razoável duração do processo, e uma garantia, os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo para que a jurisdição seja efetiva.

Ressalta-se que a Constituição não estabeleceu o prazo para que se considere violado a duração razoável do processo e nem deveria, pois cabe em cada situação concreta, e considerando as peculiaridades existentes, a verificação dessa violação. Mas por óbvio há que se considerar que a duração razoável do processo, apesar de ser um conceito jurídico indeterminado, possibilita a identificação de um campo de certeza positiva ou negativa e outro onde existe uma zona cinzenta, onde é necessária uma melhor análise da situação que se apresenta para configuração ou não da violação do citado princípio.

Por sua vez, a segunda parte do inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988 obriga que os magistrados, no campo do processo civil, se utilizem dos meios processuais postos à sua disposição visando tornar mais célere e efetivo o processo, inclusive para combater atos procrastinatórios das partes, sempre com o auxílio do princípio da proporcionalidade, visando não cometer excessos.

Como se observa da breve exposição, a doutrina trata muito mais dos aspectos processuais da garantia do devido processo legal. No entanto, a cláusula foi absorvida pelo ordenamento jurídico brasileiro pelos seus dois aspectos: processual e substancial. Assim, sempre que se restringem Direitos Fundamentais de um indivíduo, o princípio do devido processo legal assegura submissão a prévios e conhecidos ritos processuais entre o interesse

público definido pelos Poderes Executivo e Legislativo e os Direitos Fundamentais, tal como protegidos pela Constituição.⁴⁸

Por outro lado, quando os textos constitucionais, internacionais e legislativos, reconhecem, hoje, um direito de acesso aos tribunais este direito concebe-se como uma dupla dimensão: o direito de defesa ante os tribunais e contra atos dos poderes públicos; e um direito de proteção do particular através de tribunais do Estado no sentido de este o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros (dever de proteção do Estado e direito do particular a exigir essa proteção)⁴⁹.

O direito de acesso aos tribunais é um direito fundamental formal que carece de densificação através de outros direitos fundamentais materiais. A interconexão entre direito de acesso aos tribunais e direitos materiais aponta para duas dimensões básicas de um esquema referencial: os direitos e interesses do particular determinam o próprio fim do direito de acesso aos tribunais, mas este, por sua vez, garante a realização daqueles direitos e interesses; os direitos e interesses são efetivados através dos tribunais, mas não são eles que fornecem as medidas materiais de proteção por esses mesmos tribunais.

No direito de acesso aos tribunais inclui-se o direito de obter uma decisão fundada no direito, embora dependente da observância de certos requisitos ou pressupostos processuais legalmente consagrados. O direito ao processo implica: a proibição de requisitos processuais desnecessários ou desviados de um sentido conforme ao direito fundamental de acesso aos tribunais; exigência de fixação legal prévia dos requisitos e pressupostos processuais dos recursos e ações; sanção de irregularidades processuais como exigência do direito à tutela judicial⁵⁰.

A garantia do acesso aos tribunais deve ser analisada como a possibilidade de controle dos atos legislativos que destoam de forma razoável e proporcional dos direitos dos contribuintes amplamente reconhecidos. Esse controle teve sua embriogénia na atuação da Corte Suprema norte-americana que conferia os atos do Executivo e do Legislativo perante à Constituição daquele país.

A análise dos referidos atos se dá em frente à Constituição, haja vista a supremacia deste diploma normativo sobre a legislação ordinária. A competência para realizar tal

⁴⁸ CARVALHO, 2010, p. 181.

⁴⁹ CANOTILHO, p. 482

⁵⁰ CANOTILHO, p 486

incumbência foi afirmada pelo próprio Tribunal, dando-lhe poder de revisão dos atos do legislador, podendo nulificar-los perante os preceitos constitucionais⁵¹.

Tal atribuição da Corte norte-americana também foi dada ao Supremo Tribunal Federal através do próprio texto constitucional brasileiro de 1988⁵², tanto no aspecto do processo objetivo – discussão da lei em si, como no aspecto subjetivo – quando a constitucionalidade é analisada diante de uma panorama fático levado à juízo, sem que houvesse a própria atribuição concebida pelo tribunal. Esse exame se pauta na possibilidade de controle dos atos do Legislativo sempre que os mesmos ultrapassem os limites razoáveis ou toleráveis, mas tal decisão deve ser prolatada com extrema cautela, *em obediência ao tradicional cânone de hermenêutica para a decretação de inconstitucionalidade das leis, quais sejam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma a não afrontar ao princípio da separação de poderes.*

Consoante à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pós-Constituição de 1988, devido processo substantivo, razoabilidade e proporcionalidade são princípios intercambiáveis, fungíveis entre si. Tratam-se de fenômenos normativos praticamente idênticos. Menos genericamente: segundo a jurisprudência do STF, devido processo substantivo pode significar desde a proibição de leis que se apresentem de tal forma aberrantes da razão, passando pela exigência de que as leis devem ser elaboradas com justiça. Devem ser dotadas de razoabilidade e de racionalidade, devem guardar um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir, até a necessidade de perquirir-se se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

⁵¹ DÓRIA, p 39

⁵² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(...)

II - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal

Em síntese, no que diz respeito ao estado da arte, pode-se concluir que na doutrina brasileira e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pós-Constituição de 1988, prevalece o entendimento de que a funcionalidade do devido processo substantivo corresponde à razoabilidade ou proporcionalidade⁵³.

Neste sentido, a razoabilidade, no direito brasileiro, como exigência da adequação dos meios aos fins, assemelha-se ao teste da base racional, que, no direito norte-americano, exige que o ato estatal seja um meio adequado, racional ou razoável para alcançar um objetivo legítimo. Por sua vez, a proporcionalidade, no direito brasileiro, como exigência de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito entre meios e fins, guarda semelhança com o escrutínio estrito, que, no direito norte-americano, exige que o ato estatal seja, dos meios disponíveis, o necessário e o menos restritivo de direitos fundamentais, para alcançar um objetivo impositivo.

A proporcionalidade decorre, por implicação lógica, da estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos, do caráter principal das normas jurídicas, ou ainda, do próprio modo de solução de colisão de princípios. A razoabilidade, por sua vez, é da própria essência do direito, encontrando-se, por assim dizer, nas dobras do ordenamento jurídico. Trata-se, com efeito, de noção de conteúdo extremamente variável, comportando diversos tipos de aplicação no direito.

O devido processo legal substancial também se relaciona com a proteção dos direitos fundamentais implícitos na Constituição Federal de 1988 pelo judiciário. Malgrado a prolixidade de direitos fundamentais explicitados pelo texto normativo, os implícitos, em tese, podem ser reconhecidos e protegidos, no direito brasileiro, como parte da liberdade garantida pela disposição do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), com a condição de que, destarte, concretizem o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição).

De conseguinte, o princípio do devido processo substantivo, em tese, pode ser aplicado no direito brasileiro com o objetivo de reconhecer e proteger direitos fundamentais implícitos como parte da liberdade assegurada pela disposição do devido processo legal, prevista no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, concretizando, assim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Essa possibilidade, de resto, é franqueada pelo disposto no art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, segundo o qual *os direitos e garantias*

⁵³ MATTOS, p 102

*expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*⁵⁴.

A propósito, ressalte-se que, segundo o disposto no art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal de 1988, não será sequer objeto de deliberação, pelo Congresso Nacional, proposta de emenda constitucional no sentido de abolir “direitos e garantias individuais”. E, consoante, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, os direitos fundamentais, especificamente o direito fundamental ao devido processo legal, são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, afigurando-se, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los⁵⁵.

Malgrado o exposto a respeito dos princípios que levariam ao aspecto substancial da cláusula do devido processo legal, Carlos Roberto Siqueira Castro defende que a jurisprudência brasileira preocupou-se apenas com a aplicação adjetiva ou processual do devido processo legal, deixando de confeccionar um perfil substantivo dessa garantia constitucional⁵⁶. Em verdade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que a violação ao devido processo legal no seu aspecto processual representaria violação reflexa à Constituição, de forma que não corresponderia à uma atribuição daquele tribunal para fazer a análise de violação da cláusula.

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal não pode se esquivar de analisar os aspectos de uma lei que ferem a Constituição em todos os seus aspectos, pois foi por ela mesma escolhido como seu guardião. Recai a obrigação de perquirir o preenchimento da cláusula do devido processo legal tanto substancial como processual, de forma que sejam extirpadas do ordenamento jurídico as leis arbitrárias, desarrazoáveis e que não obedeceram ao procedimento de legislação.

O devido processo legal se manifesta também no âmbito administrativo brasileiro. No direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é o que manifestação da cláusula *substantive due process*. Os administrativistas identificam o fenômeno do *due process*, muito embora sob outra roupagem, ora denominando-o de garantia da legalidade e dos administrados, ora vendo nele o postulado da legalidade. Já se identificou a garantia dos cidadãos contra os abusos do poder governamental, notadamente pelo exercício do poder de polícia, como sendo manifestação do devido processo legal.

⁵⁴ MATTOS, p 108

⁵⁵ Ibid, p 146

⁵⁶ CASTRO, p. 140.

No direito privado prevalece o princípio da autonomia da vontade com a consequente liberdade de contratar, de realizar negócios e praticar atos jurídicos. Podem ser praticados quaisquer atos, mesmo que a lei não os preveja, desde que não atentem contra normas de ordem pública ou contra os bons costumes: o que não é proibido é permitido. É o que se denomina de princípio da atipicidade dos negócios jurídicos privados.

No que se refere ao termo *bens* contido na expressão constitucional do devido processo legal, também deve ser interpretado em toda sua grandeza, protegendo bem materiais (tangíveis) e imateriais (espirituais ou ideais), já que a Constituição não utilizou o termo patrimônio, essencialmente econômico.

Ademais, estão protegidos tanto os bens presentes como os futuros, havendo uma distinção quanto a estes últimos, vez que podem ser certos e incertos. O devido processo legal abarca apenas os certos, em face dos quais há juízo de convicção positiva acerca de sua existência: aos incertos; a garantia não se põe, haja vista que são aqueles em que há mera probabilidade de existência por vir e pura expectativa de direito não autoriza controle com fundamento no *due process of law*.⁵⁷

Por outro ângulo, se alguém foi ou está na eminência de ser privado de sua liberdade ou de um bem seu por força de uma lei ou ato do Poder Público em geral e esse bem ou liberdade pode ser qualificado como direito fundamental implícito na Constituição de 1988, sendo protegido como parte da liberdade assegurada pela disposição do devido processo legal e como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, deverá ficar devidamente constatado que há justificativa suficiente para a privação do direito fundamental através da observância da cláusula do devido processos legal⁵⁸.

No que se refere à expressão “processo”, prevista na cláusula, leva-se à exigência de que a Administração ou terceiro se submeta ao processo desde que requerido pelo particular, haja vista que este sempre deterá título jurídico para impugnar administrativamente os atos que atentem contra sua liberdade e bens. Dessa forma garante a Constituição Federal de 1988 o direito de petição perante os poderes públicos em defesa de seus direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Entretanto, existem casos em que o processo é da própria essência da prática do provimento administrativo, tornando-se requisito obrigatório para sua regularidade, como é o

⁵⁷ CARVALHO, 2010, p. 183-4.

⁵⁸ CARVALHO, 2010, p. 184.

caso da aplicação de uma sanção após a realização de uma sindicância ou de um processo administrativo instaurado por descumprimento de alguma cláusula do contrato proveniente de licitação.

No que tange ao termo “devido”, leva-nos à adequação da conduta administrativa, ou seja, que atenda às expectativas mínimas de um Estado Democrático de Direito, correspondendo ao que se espera de uma Administração aberta e participativa, sem qualquer supressão de expectativas, conferindo ao administrado segurança e certeza de que seus direitos estão sendo e serão respeitados.

O controle substancial da adequação pode ser aferido diretamente nas previsões legais, bem como na conduta do agente público, autorizando o devido processo legal, controle legislativo e na prática da Administração.

Enfim, o devido processo no âmbito administrativo deve ser formal e público, encaminhado em favor do povo e desenvolvido segundo os parâmetros de função administrativa, sendo considerado devido o processo que desatenda a qualquer aspecto da relação e dever-poder que orienta toda atividade da Administração Pública, com base na exata compreensão de um Estado Democrático de Direito. A aferição do conteúdo apropriado da lei ou ato administrativo deve sempre levar em conta os princípios da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade⁵⁹.

Por fim, a qualificação “legal” conferida ao devido processo não é definidor da garantia, pois que a mera previsão em lei não será apta a desencadear legítima supressão de liberdade e/ou bens do administrado. Na verdade, é um desdobramento do princípio da legalidade, significando que há necessidade de prévia definição legal de toda e qualquer previsão que vise a atacar o suprimir, direta ou indiretamente, liberdade ou bens dos particulares.

Verifica-se que a Constituição não limitou a aplicação a cláusula a certas pessoas e a determinados atos, razão pela qual se deve entender que todas as pessoas, direta ou indiretamente vinculadas à Administração Pública, têm absoluto dever de observar e cumprir a Constituição Federal, sendo aplicada frente a qualquer espécie de atuação administrativa, jurisdicionante ou não. Assim, sempre que possível, o devido processo legal deve ser colocado em prática para regular a conduta da Administração Pública⁶⁰.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o Direito Fundamental de acesso à justiça em seu art. 5º, XXXV, compreendendo a efetividade do processo. O acesso à justiça não

⁵⁹CARVALHO, 2010, p. 182.

⁶⁰Ibid, p. 184.

significa apenas a possibilidade de ingressar em juízo, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Neste sentido, o acesso à justiça deve ser compreendido como um direito a uma decisão justa também na seara administrativa. Essa garantia se vislumbra nitidamente na súmula vinculante nº 21 editada pelo Supremo Tribunal Federal, pois considera inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo⁶¹.

Afirma-se, ainda, que o princípio do acesso à justiça deve consistir na busca de uma solução equilibrada, para que o deslinde processual seja considerado a solução encontrada com segurança, rapidez e justiça. É nesse contexto que o acesso à justiça implica o direito ao devido processo legal, ou melhor explicitando, o direito de acesso à justiça compreende o direito ao processo, com as garantias do devido processo legal.

Com isso, pode-se afirmar que o devido processo legal proporciona um processo justo que constitui a garantia de justiça e, igualmente, condição de confiança, aos cidadãos, na máquina Estatal, em qualquer julgamento/decisão, seja judicial ou administrativa.

7. CONCLUSÃO

Diante das palavras acima transcritas a respeito do devido processo legal, tem-se que a cláusula *due process of law* teve origem na Inglaterra e foi surtindo suas influências na colônia inglesa no continente americano. Daí, a Corte Superior norte América a desenvolveu e interpretou as leis infraconstitucionais com base no respeito das normas constitucionais. Desenvolveu-se, portanto, os aspectos processual e substancial.

As constituições brasileiras antes da atual, de 1988, previram certas garantias que remetiam ao devido processo legal. Somente na Constituição de 1988 foi prevista expressamente, representando um sobreprincípio diante dos demais direitos previstos nos incisos do art. 5º.

Assim, recaem os efeitos do devido processo legal sobre os processos judiciais e administrativos, com fulcro a proteger os direitos fundamentais dos cidadãos. Por tais razões, deve ser observado por todas as autoridades nos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

REFERÊNCIAS

⁶¹ _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1976/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Brasília, 28 mar. 2007. **Diário da Justiça**, Brasília, 18 maio 2007.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **O que é o devido processo legal?**. In Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Organizador: Fredie Didier Jr. V. 2. Salvador: Juspodium, 2010.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12^a ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRAGA, Paulo Sarno. **As origens do devido processo legal: sua incorporação ao ordenamento brasileiro**. In Revista do Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal da Bahia. n° 15. P 329-357.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 939/DF. Relator: Min. Sidney Sanches. Tribunal Pleno. Brasília, 15 set. 1993. **Diário da Justiça**, Brasília, 17 dez 1993., p 8-13 disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346704>

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2/DF. Relator: Min. Paulo Brossard. Tribunal Pleno. Brasília, 6 fev. 1992. **Diário da Justiça**, Brasília, 21 nov 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1976/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Brasília, 28 mar. 2007. **Diário da Justiça**, Brasília, 18 maio 2007.

BRITO, Edvaldo. Aspectos constitucionais da tributação. In Vertentes do direito contemporâneo. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. Estudo em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Rio de Janeiro: América, 2002. P 641

_____. **Capacidade Contributiva**. In Cadernos de Pesquisas Tributárias n° 14. São Paulo: Resenha Tributária, 1989, p 319-329.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 4^a ed. Coimbra: Almedina

CARRAZA, Roque Antônio. BOTTALLO, Eduardo D. **Mandado de procedimento fiscal e espontaneidade**. In Revista Dialética. N° 80. Maio 2002. P. 96-104

CARVALHO, Anete Marques Penna de Bastos, Elísio Augusto Velloso. **O devido processo legal administrativo tributário**. In Dias, Jean Carlos, Klatau Filho, Paulo. O devido processo legal. São Paulo: Método, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16.^a ed. rev., amp. Atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 23^a Ed.2011, São Paulo: Malheiros.

- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DANTAS, F.C. de San Tiago. **Igualdade perante a lei e o due process of law**. In Revista Forense Comemorativa – 100 anos, v. 1. Cood. Nagib Slaibi Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Princípios constitucionais tributários e a cláusula due process of law**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.
- LUBISCO, N. M. L.; VIEIRA, S. C. **Manual de estilo acadêmico: trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses**. 5ª ed., Salvador: EDUFBA, 2013.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26.ª ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6ª ed. rev. Ampl e atual com lei da ação direta de inconstitucionalidade (9.868/99), Lei da arguição de descumprimento de procedimento fundamental (9.882/99) e a Lei do processo administrativo (9.784/99) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 (Coleção de estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21)
- NOGUEIRA, Alberto. **O devido processo legal tributário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006
- PASSOS, J. J. Calmon de. **O devido processo e o duplo grau de jurisdição**. In Revista Forense Comemorativa 100 anos. Coord. José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 437-451. p. 440.
- PINA, Rolando. **Cláusulas constitucionales operativas y programáticas**. Buenos Aires: São Editorial Astrea, 1973.
- SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- SILVEIRA, Felipe Feliz. **O devido processo legal e sua evolução no ordenamento constitucional/processual pátrios**, in Temas de direito público – a importância da atuação da advocacia pública para a aplicação do direito (revista da APES vol 2.) coor. Claudio Penedo Madureira. Salvador: Editora Juspodium.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. **Elementos de direito comparado: ciência, política legislativa, integração e prática judiciária**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

TAVARES, Alexandre Macedo. **A reviravolta de entendimento acerca da malsinada exigência de prévio depósito como garantia de instância recursal administrativa tributária.** In *Revista Dialética*. Nº 141. Junho 2007. P. 7-17.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Origem e evolução do devido processo legal substantivo: o controle da razoabilidade das leis do Século XVII ao XXI.** São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2007.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e Moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. In **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba — 2: direito administrativo e constitucional.** Celso Antonio Bandeira de Mello (org.) São Paulo: Malheiros, 1997