

Ezequiel Antonio Ribeiro Balthazar

Curso Processos Legais Substantivo
como Garantias dos Direitos Fundamentais

Mestrado em Direito

UNIFEO - Centro Universitário FEO

2005

T

B158d

EZEQUIEL ANTONIO RIBEIRO BALTHAZAR

**DEVIDO PROCESSO LEGAL
SUBSTANTIVO
COMO GARANTIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

MESTRADO EM DIREITO

UNIFIEO - Centro Universitário FIEO

Osasco - SP

2005

EZEQUIEL ANTONIO RIBEIRO BALTHAZAR

**DEVIDO PROCESSO LEGAL
SUBSTANTIVO
COMO GARANTIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração "Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos", dentro do projeto (1 - Afirmação Histórica, Problematização e Atualidade dos Direitos; 2 - A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana perante a Ordem Pública, Social e Econômica; 3 - Colisão e Controle dos Direitos Fundamentais) Inserido na linha de pesquisa (Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material ou Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais), sob orientação da Profa. doutora Anna Cândida da Cunha Ferraz.

UNIFIEO - Centro Universitário FIEO

Osasco – SP

2005



CDU	T
PHA	B158 d
ASS.	to P. H.

Banca Examinadora

Dr. Abdul Halim

Dr. Zaidi H.

À minha orientadora
Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz

Pelo estímulo e pelo voto de confiança depositado em mim
sempre dedicada ao que faz, com sua força
incentivou-me a acreditar e lutar sempre
pelos meus sonhos e ideais.

Meu respeito e eterna
admiração.

Agradecimentos

A Deus “Supremo Ser”, aos meus familiares, meus amigos, à banca de
exame de qualificação que me ajudou a visualizar o melhor caminho
a seguir, aos doutores docentes da UNIFIEO, em especial o Prof.
Dr. Antonio Cláudio da Costa Machado, que com sapiência
souberam transmitir as informações que devem nortear
os cientistas jurídicos e estudiosos do direito,
as secretárias pela paciência e dedicação,
enfim a todos que sempre
acreditaram em mim
e em meu trabalho.
Meu muito
obrigado.

RESUMO

Este trabalho apresenta o princípio do devido processo legal em suas duas faces, processual e substancial, com ênfase, porém, para o seu aspecto substancial, em razão do objetivo do tema proposto nessa dissertação, a saber, “O Devido processo legal substantivo como garantia dos direitos fundamentais”.

Sem a ambição de esgotar o assunto, discorreremos sobre temas que entendemos fundamentais para o exame do “Devido processo legal”, como direito fundamental no quadro institucional do poder estatal. Mais especificamente, discorreremos, entre outros, sobre os seguintes temas: a Evolução do “Devido processo legal” no direito inglês, americano e brasileiro; a concepção e aplicação desse princípio em sua dimensão substantiva no sistema jurídico brasileiro; sua projeção no direito penal, civil, administrativo; e a hipótese de sua incidência na vigência de Estado de Defesa ou Estado de Sítio. Por fim, mencionamos diversos documentos do direito internacional, como tratados e convenções.

No desenvolvimento da pesquisa procuramos demonstrar a evolução deste princípio que teve sua interpretação ampliada no direito norte-americano. Após análise nos concluímos que no Brasil este princípio ainda é aplicado com reservas, apesar da disposição expressa no Texto Constitucional de 1988.

RÉSUMÉ

Ce travail présente le principe du « *Due process of law* »¹ selon ses deux aspects, processuel et substantiel, avec accentuation sur l'aspect substantiel, en raison de l'objectif du thème proposé dans cette dissertation, à savoir, « Le '*Due process of law*' substantif comme garantie des droits fondamentaux. »

Sans l'ambition de tout combler sur ce sujet, on a discoursé sur les thèmes que nous croyons fondamentaux pour l'examen du « *Due process of law* », comme droit fondamental dans le cadre institutionnel du pouvoir de l'état. Plus spécifiquement, on a discoursé, entre autres, sur les thèmes suivants: l'Évolution du « *Due process of law* » dans le Droit anglais, américain et brésilien; la conception et l'application de ce principe dans sa dimension substantive dans le système juridique brésilien; sa projection sur le droit pénal, civil et administratif; et l'hypothèse de son incidence dans les périodes d'État de Défense ou de d'État de Siège. Finalement, nous avons mentionné divers documents dans le droit international, comme des traités et des conventions.

En déployant cette recherche nous avons essayé de démontrer l'évolution de ce principe qui avait son interprétation élargie dans le droit américain du nord. Après l'analyse nous avons conclu qu'au Brésil ce principe est encore appliqué avec restrictions, malgré les indications exprimées dans le Texte Constitutionnel de 1988.

¹ "due process of law", qui peut se traduire par "garanties d'une procédure régulière" ou "garanties prévues par la loi", ou encore, "bonne administration de la justice".

RISKI

BNDES

Programa de Microcrédito

» Apresentação

O período 2003/2004 caracterizou-se por uma intensa articulação intragovernamental e do governo com os interlocutores do segmento, na busca da definição de uma política nacional de microcrédito, contemplando ações que procuram facilitar e ampliar o acesso ao crédito entre os microempreendedores formais e informais, visando à geração de renda e trabalho e à redução das taxas de juros nos financiamentos. Deste esforço cabe destacar:

■ a constituição de um Grupo de Trabalho Interministerial de Microcrédito e Microfinanças, com a participação dos Ministérios da Fazenda, do Planejamento, do Trabalho, do Desenvolvimento Agrário, do Desenvolvimento, da Agricultura, Casa Civil, BNDES e Banco Central;

a realização de reuniões com os agentes operadores de microcrédito e microfinanças (cooperativas, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público-OSCIP, Sociedades de Crédito ao Microempreendedor-SCM e bancos) para apresentação e discussão de propostas e definições de prioridades;

a criação do Depósito Especial para o Microcrédito, direcionando 2% dos depósitos à vista para operações de crédito popular e microcrédito produtivo;

a permissão para constituição de Cooperativas de Livre Adesão;

a criação do Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado - PNMPO, que definiu, entre outros itens, as cooperativas singulares de crédito, agências de fomento, SCM e OSCIP como instituições de microcrédito produtivo orientado.

O BNDES definiu, como eixos prioritários, o aprofundamento do caráter intersetorial e da compreensão dos aspectos territoriais da sua atuação, buscando uma maior sinergia e racionalidade na aplicação dos recursos públicos e no alcance dos objetivos propostos. Assim, procurando integrar ações sociais que ampliem os impactos sobre as populações beneficiárias, e tendo o território como base destas ações, o Banco pode qualificar suas operações.

Neste contexto, o Programa de Microcrédito - PMC, com base a nova política nacional de microcrédito, baseada no PNMPO, busca a utilização do microcrédito como instrumento integrado e complementar às políticas públicas destinadas à promoção do desenvolvimento local e regional, bem como àquelas relacionadas ao fortalecimento de aglomerações produtivas.

» Veja:

» Normas Orientadoras para Repassadores dos Recursos do BNDES

» Condições e Acesso ao Microempreendedor

» Links Úteis

» Roteiros e Manuais

» Veja também:

» Legislação Sociedade de Crédito ao Microempreendedor (*)

» Legislação Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (*)

(*) Arquivos PDF. Para visualizar um arquivo PDF é necessário o programa Acrobat Reader, que pode ser gratuitamente obtido no [site da Adobe](#).

Sobre

■ Apresentação

■ Normas e Procedimentos ao Agente Repassador

■ Condições e Acesso ao Microempreendedor

Links Úteis

No hot site BNDES 50 anos, veja peça publicitária sobre o Programa de Microcrédito



Programa de Microcrédito

» Normas Orientadoras para Repassadores dos Recursos do BNDES

»» Objetivo

Promover a economia popular por meio da oferta de recursos para o microcrédito produtivo orientado aos empreendimentos formais e informais, visando a geração de emprego e renda.

»» Projetos Financiáveis

Serão apoiados projetos que utilizem o microcrédito como instrumento de inclusão social, associados à complementação de políticas sociais e/ou integrados a ações que promovam o desenvolvimento local.

»» Agentes Repassadores

»»1º Piso: Agente repassador de recursos diretamente ao microempreendedor;

»»2º Piso: Agente que repassa recursos para agentes de 1º Piso.

- Agências de Fomento (1º ou 2º piso);
- Instituições Financeiras Públicas (1º ou 2º piso);
- Cooperativas Centrais de Crédito (2º piso);
- Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP (1º piso); e
- Sociedades de Crédito ao Microempreendedor – SCM (1º piso).

»» Condições de Financiamento

A) Operações com Agentes Repassadores de 1º Piso:

»» Taxa de Juros: Custo Financeiro + Remuneração do BNDES + Taxa de Risco de Crédito (*)

- Custo Financeiro: Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP

- Remuneração: 0,5% a.a.

- Taxa de Risco de Crédito: 1,0% a.a.

(*) A Taxa de Risco não será cobrada dos agentes credenciados do BNDES

»» Prazo de pagamento: até 96 meses, incluindo até 24 meses de carência.

»» Nível de participação: até 85% dos recursos destinados exclusivamente ao fundo para microcrédito.

»» Valor do Financiamento:

- Mínimo: R\$ 1 milhão

- Máximo, definido:

i) pelo Limite de Crédito no caso das instituições financeiras credenciadas: agências de fomento, bancos públicos e cooperativas centrais de crédito; e

ii) pelo grau de alavancagem, definido em legislação pertinente, nos demais casos.

B) Operações com Agentes Repassadores de 2º Piso:

Para Agente Repassador (2º Piso):

»» Taxa de Juros: custo financeiro

<http://www.bndes.gov.br/programas/sociais/microcredito.asp>

- Custo financeiro: Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP

»»Prazo de pagamento: até 96 meses incluindo até 24 meses de carência

»»Nível de participação: até 85% dos recursos destinados exclusivamente ao fundo para microcrédito.

»»Valor do Financiamento:

- Mínimo: R\$ 1 milhão;

- Máximo: Limite de Crédito.

Para Agente Repassador (1º Piso):

»»Taxa de Juros: Custo Financeiro + Remuneração do Agente Repassador do 2º Piso

- Custo financeiro: Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP

- Remuneração do Agente Repassador do 2º Piso: negociado entre as instituições.

»»Prazo de pagamento: até 36 meses incluindo até 12 meses de carência.

»»Nível de participação: negociado entre as instituições.

»»Valor do Financiamento: negociado entre as instituições.

»»Garantias

As garantias serão definidas de acordo com as Políticas Operacionais do BNDES, observadas as particularidades do microcrédito.

»»Condições de Uso dos Recursos

Deverão fazer parte da carteira ativa (operações de microcrédito produtivo orientado) da instituição, no mínimo, 80% dos recursos relativos ao valor total do projeto, aí compreendidos tanto os recursos oriundos do BNDES, quanto a contrapartida de recursos da instituição.

»»Público-alvo

Microempreendedores, formais ou informais, nos termos da PNMPO, e cooperativas de produção ou de serviços.

»»Condições de Financiamento

»»Taxa de Juros: até 4% a.m. (considerando-se todas as tarifas e/ou encargos relativos ao empréstimo concedido)

»»Valor máximo por empreendedor: R\$ 5.000,00

»»Prazo de Pagamento: a ser definido na análise da operação, de acordo com a política de concessão de crédito do agente repassador de crédito.

»»Finalidades: capital de giro e/ou investimento fixo.

»»Orientações Gerais aos Agentes Repassadores do Microcrédito

■ o projeto a ser apresentado ao BNDES para captação dos recursos deverá conter plano de negócios/plano de atuação da instituição com proposta de metas e indicadores de resultados e de desempenho econômico-financeiros e sociais, tanto quantitativos como qualitativos, de modo a permitir as atividades de avaliação, o acompanhamento e o monitoramento;

■ o plano de negócio/plano de atuação deverá contemplar, pelo menos, um dos focos de ação a seguir relacionados: aglomerações produtivas; e/ou complementaridade com outras políticas públicas; e/ou setores produtivos específicos;

■ os agentes repassadores do microcrédito deverão enviar ao BNDES, por meio eletrônico, todas as informações, estabelecidas pelo BNDES, dos contratos celebrados com os tomadores finais; e

■ uma vez estabelecido padrão de sistema de informações e de plano de contas para as OSCIP, estas deverão, a qualquer tempo, se adequar às normas e legislação vigentes.

»»Encaminhamento

As solicitações de apoio aos agentes repassadores de microcrédito são encaminhadas ao BNDES por meio de Carta-Consulta - preenchida segundo as orientações do Roteiro para Elaboração de Consulta Prévia (arquivo word) - enviada ao:

Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES

Área de Planejamento-AP

Departamento de Prioridades-DEPRI

Av. República do Chile, 100 - Protocolo - Térreo

20031-917 - Rio de Janeiro, RJ

» **Para outras informações:**

Área de Inclusão Social/Departamento de Economia Solidária
Avenida República do Chile, 100, 8º andar
20031-917, Rio de Janeiro - RJ
Tel: (21) 2172-8134/8761/7292/8214/8583;
Fax: (21) 2172-8448

Programa de Microcrédito

» **Condições e Acesso ao Microempreendedor**

» **Público-alvo**

Microempreendedores, formais ou informais, nos termos do Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado - PNMPO, e cooperativas de produção ou de serviços.

» **Encaminhamento**

Os microempreendedores devem dirigir-se aos agentes repassadores do microcrédito de sua cidade/região, que fornecerão as condições de financiamento e analisarão a possibilidade de concessão de crédito.

» **Agentes Repassadores de Microcrédito**

Alagoas

Visão Mundial

Rua Professor Antonio de Freitas Machado, s/n - Centro
57400-000 - **Pão de Açúcar - Alagoas**
Tel.: (82) 986-4058
E-mail: vm_brasil@wvi.org

Bahia

Banco da Mulher/Seção Bahia

Rua Conselheiro Saraiva, 26 - Ed.15 de Julho -7º andar - Comércio
40015-100 - **Salvador - BA**
Tel.: (71) 3243-3812
Fax: (71) 3241-3903
E-mail: bmbahia@cpunet.com.br

CEAPE

Rua Barão de Cotegipe, 1750 - Centro
44026-420 - **Feira de Santana - BA**
Tel.: (75) 3223-2694 / 3221-1604
Telefax: (75) 3223-2694
E-mail: ceapeba@ceapeba.org.br

Conquista Solidária

Rua Sete de Setembro, 135 - Galeria Araci, sala 6 - Centro
45015-340 - **Vitória da Conquista - BA**
Telefax: (77) 3424-0300 / 8803-5427
E-mail: bancodopovo@conquistasolidaria.org.br

Visão Mundial

Rua Minas Gerais, 882 - Edifício Ivete Sales - sala 202/2º andar
41830-020 - **Salvador - BA**
Telefax: (71) 3344-1175
E-mail: fabiano.garrido@wv.org e vm_brasil@wvi.org

Ceará

Visão Mundial

Travessa Paçá, 12 - Edifício Sul América - 2º andar - Centro
60025-120 - **Fortaleza - CE**

Tel: (85) 3454-1744

E-mail: jean_gomes@wv.org e vm_brasil@wvi.org

Espírito Santo

Vitória Credisol

Rua Pietrângelo De Biase, 33 - Centro

29010-190 - **Vitória - ES**

Tel: (27) 8223-3781 e 3222.6499

Email: vitoriacredisol@uol.com.br

Goiás

CEAPE

Av. Goiás, 537 - Centro

75020-100 - **Anápolis - GO**

Telefax: (62) 321-4377

E-mail: ceapego@dataworks.com.br

Rio Verde Instituição de Crédito Popular - Credimais

Rua Professor Joaquim Pedro, 221

75901-170 - **Rio Verde - GO**

Tel: (62) 620-4120

Fax: (62) 620-4117

E-mail: credimai@dgmnet.com.br

Minas Gerais

BANCO DO POVO - Associação de Crédito Popular - ACP

Rua Grão Mogol, 650 - Sion

30310-010 - **Belo Horizonte - MG**

Telefax: (31) 3282-8311

E-mail: bcodopovo@bcodopovo.org.br e erica@bcodopovo.org.br

<http://www.bcodopovo.org.br/>

Fundo de Apoio ao Empreendimento Popular - FAEP

Av. Rio Branco, 2340 - subsolo

36016-310 - **Juiz de Fora - MG**

Telefax: (32) 3690-7401/3241-6431/3218-6786

E-mail: bancodopovo@bancodopovo.org.br

<http://www.bancodopovo.org.br/>

Rótula S.A. - Sociedade de Crédito Microempreendedor

Rua José Peres, 46 - sala 202 - Centro

36700-000 - **Leopoldina - MG**

Telefax: (32) 3441-5199

E-mail: odilon@grupoathenas.com.br

Visão Mundial

Unidade de Negócios de Montes Claros

Av. Dep. Esteves Rodrigues, 1.121 - 2º andar - Centro

39400-215 - **Montes claros - MG**

Tel: (38) 3221-5424

E-mail: gilze_oliveira@wv.org

BANCO POPULAR - Ipatinga

Rua Diamantina, 308

35160-019 - **Ipatinga - MG**

Tel: (31) 3829-8441/3824.1212

E-mail: bancopopular@bancopopular.org.br

Paraíba

CEAPE

Praça 1817, 105 - Centro shopping Cidade s/205

58013-010 - **João Pessoa - PB**

Tel: (83) 3222-6778

Fax: (83) 3322-8844

E-mail: ceape.pb@zaz.com.br

CEAPE

Rua Vidal de Negreiros, 18 - Centro
58100-000 - **Campina Grande - PB**
Tel: (83) 3341-2198
Fax (83) 3322.8844
E-mai: ceape.pb@zaz.com.br

Paraná

Banco da Mulher/Seção Paraná

Praça Carlos Gomes, 329
80010-140 - **Curitiba - PR**
Telefax: (41) 322-6869
E-mail: bm@bancodemicrocredito.org.br

Casa do Empreendedor

Av. Paraná, 564 - Térreo - Centro
86010-390 - **Londrina - PR**
Telefax: (43) 3339-0065
E-mail: icclon@sercomtel.com.br

CRESOL- Cooperativa Central de Crédito Rural com Interação Solidária Ltda. - Unidades: PR/SC/RS

Rua Nossa Senhora da Glória, 52 A
85604-090 - **Francisco Beltrão - PR**
Telefax: (46) 3524-1981
E-mail: baser@cresol.com.br e mano@cresol.com.br

Maringá Crédito Solidário

Rua Santos Dumont, 3042 - Centro - Sala 2
87013-050 - **Maringá - PR**
Telefone: (44) 227-6268 ou 269-7972
Fax: (44) 3025-3300
E-mail: creditossolidario@bol.com.br e creditossolidario@maringa.com.br <http://www.maringacreditossolidario.hpg.com.br/>

Pernambuco

CEAPE

Av. Presidente Vargas, 794 - Sala 05 - Centro - Cabo - PE
54.500-000 - **Cabo - PE**
E-mail: patcab@ceape-pe.org.br
Tel./Fax: (81) 3521-0206/3521-0842

CEAPE

Av. Belminio Correia, 480 - Sala 104 - Centro - Camaragibe - PE
(em cima do banco do Brasil)
54.750-000 - **Camaragibe - PE**
E-mail: ptocmg@ceape-pe.org.br
Tel./Fax: (81) 3458-0748/3456-2609

CEAPE

Praça Dr. Murilo Silva, 114 - Salas 105 e 106, 1º Andar Milenium Center
55.810-000 - **Carpina - PE**
E-mail: patcrp@ceape-pe.org.br
Tel./Fax: (81) 3621-2105/3621-2473

CEAPE

Praça Senador Teotônio Vilela, 108 - Centro - Caruaru - PE
55.004-055 - **Caruaru - PE**
E-mail: patcru@ceape-pe.org.br
Tel./Fax: (81) 3721-3811/3721-8691

CEAPE

Av. Agamenon Magalhães, 716 - Sala 03, 1º Andar- Cavaleiro
54.210-000 - **Jaboatão dos Guararapes - PE**
E-mail: ptocvl@ceape-pe.org.br
Tel./Fax: (81) 3251-1831

CEAPE

Av. Dantas Barreto, Praça Nossa Senhora do Carmo, 30, Sala 103 - Edf. Igarassu
50.010-360 - **Dantas Barreto - PE**
E-mail: ptodan@ceape-pe.org.br
Tel./Fax: (81) 3424-3260/3424-3216

CEAPE

Rua Manoel Borba, 30 - Centro
55.290-000 - **Garanhuns - PE**
E-mail: patghn@ceape-pe.org.br
Tel./Fax: (87) 3761-7422/3761-7409

CEAPE

Rua Agamenon Magalhães, 28 Galeria Queiroz - Sala 10 - 1º Andar - Centro
55.642-210 - **Gravatá - PE**
E-mail: ptogvt@ceape-pe.org.br
Tel./Fax: (81) 3533-6907

CEAPE

Rua Siqueira Campos, 531 - 1º Andar - Sala 01 - Centro
53.401-320 - **Paulista - PE**
E-mail: ptoplt@ceape-pe.org.br
Tel./Fax: (81) 3433-7973/3371-8252

CEAPE

Av. Souza Filho, 485 - Sala 101, 1º andar, Edf. Estela Márcia - Centro
56.300-000 - **Petrolina - PE**
E-mail: patpnz@ceape-pe.org.br
Tel./Fax: (87) 3862-2370/3861-1500

CEAPE

Av. Barreto de Menezes, 601 - Loja 04 (no prédio da Câmara dos Vereadores)
54.330-000 - **Jaboatão dos Guararapes - PE**
E-mail: ptoprz@ceape-pe.org.br e papprz@ceape-pe.org.br
Tel./Fax: (81) 3476-4978/3476-2517

CEAPE

Av. Visconde de Suassuna, 607 - Boa Vista
50.050-540 - **Recife - PE**
E-mail: patrec@ceape-pe.org.br
Tel./Fax: (81) 3231-4259/3221-4883
<http://www.ceape-pe.org.br/>

CEAPE

Av. Padre Zuzinha, 263 - A - Centro
55.190-000 - **Santa Cruz do Capibaribe - PE**
E-mail: patsta@ceape-pe.org.br
Tel./Fax: (81) 3731-1645/3731-2353

CEAPE

Av. Mariana Amália, 210 - Sala 103 - Centro
55602-010 - **Vitória de Santo Antão - PE**
E-mail: ptovit@ceape-pe.org.br
Tel./Fax: (81) 3523-2505/3523-5047

Visão Mundial

Av. Mascarenhas de Moraes, 440 - Imbiribeira
51170-010 - **Recife - PE**
Tel: (81) 3424-3888
E-mail: ym_brasil@wvi.org

Rio de Janeiro

VIVACRED

Travessa Liberdade, 19-A - Rocinha
22451-350 - **Rio de Janeiro - RJ**
Telefax: (21) 3322-1412
E-mail: vivacred@vivacred.com.br
<http://www.vivacred.com.br/>

SOCIALCRED

Av. Rio Branco, 115 - sala 803 - Centro
20040-004 - **Rio de Janeiro - RJ**
Telefax: (21) 2221-6468/2221-6491/2232-1165
E-mail: socialcred@socialcred.com.br
<http://www.socialcred.com.br/>

Banco da Mulher/Seção Rio de Janeiro
Rua Santa Luzia, 735 - 12º andar - Centro

20040-041 - **Rio de Janeiro - RJ**
Telefax: (21) 2240-0064
E-mail: bmrlo@connection.com.br

Rio Grande do Norte

CEAPE

Av. Duque de Caxias, 191 - Ribeira
59012-200 - **Natal - RN**
Tel: (84) 211-7273/212-1574
Fax: (84) 212-1574
E-mail: ceapern@zaz.com.br

Visão Mundial

Av. Augusto Severo, 299 - Centro
59600-150 - **Mossoró - RN**
Tel.: (84) 312-3630
E-mail: vm_brasil@wvi.org

Rio Grande do Sul

PORTOSOL - INSTITUIÇÃO COMUNITÁRIA DE CRÉDITO

Rua Alberto Bins, 802
90020-070 - **Porto Alegre - RS**
Telefax: (51) 3224-2244/3224-2404
E-mail: portosol@portosol.com
<http://www.portosol.com/>

Santa Catarina

Banco da Família

Av. Presidente Vargas, 958 - Coral
88509-500 - **Lages - SC**
Telefax: (49) 223-0444
E-mail: bfages@bancodafamilia.org.br

Blusol

Rua Sete de Setembro, 200-A, Centro
89010-200 - **Blumenau - SC**
Tel: (47) 326-7595/7597
Fax: (47) 326-7598
E-mail: blumenau@blusol.org.br
<http://www.blusol.org.br/>

São Paulo

Banco do Povo de Santo André: O Crédito Solidário

Rua Coronel Fernando Prestes, 39 - 1º andar - sala 12
09020-110 - **Santo André - SP**
Telefax: (11) 4979-5219
E-mail: bancodopovo@embranet.com.br

Fundo de Apoio ao Empreendedor Joseense - OSCIP

Rua Vilaça, 576 - Centro
12210-000 - **São José dos Campos - SP**
Telefax: (12) 3923-4363
E-mail: faej@uol.com.br

Micro-Cred S/A - Sociedade de Crédito ao Microempreendedor

Av. Padre. Antonio José dos Santos, 142 - sala 5
04563-000 - **São Paulo - SP**
Tel.: (11) 5535.6993
Fax: (11) 5535.5304
E-mail: microcred@microcred.com.br
<http://www.microcred.com.br>

Sergipe

CEAPE

Av. Edézio Vieira de Melo, 550 - São José

<http://www.bndes.gov.br/programas/sociais/microcredito.asp>

49050-240 - **Aracaju - SE**
Tel: (79) 3224-0574/3214-032
Fax: (79) 3214-2864
E-mail: ceapese@infonet.com.br
<http://www.ceape-pe.org.br/>

BANCO DO POVO DE SERGIPE - BANESE
Rua Gutemberg Chagas s/n - Distrito Industrial de Aracaju
49040-240 - **Aracaju - SE**
Tel: (79) 3217-1189 e (79) 3217-1595
Fax: (79).3217-4006
<http://www.banese.com.br>

» **Veja:**

- » [Apresentação do Programa de Microcrédito](#)
- » [Normas Orientadoras para Repassadores dos Recursos do BNDES](#)
- » [Links Úteis](#)
- » [Roteiros e Manuais](#)

Programa de Microcrédito

» **Links Úteis**

- » [Informação Geral Sobre Microfinanças](#)
- » [Fontes de Investimento](#)
- » [Auditoria](#)
- » [Rating](#)
- » [Regulamentação](#)
- » [Biblioteca](#)

» **Informação Geral Sobre Microfinanças**

www.cgap.org - Agência do Banco Mundial especializada em microfinanças. O CGAP (Consultative Group to Assist the Poorest), é um consórcio de 29 agências de cooperação multilaterais e bilaterais que apóiam as microfinanças. Tem como missão melhorar a capacidade das instituições de microfinanças em fornecer serviços microfinanceiros flexíveis e de alta qualidade numa base sustentável.

www.microcreditsummit.org - Tem como objetivo assegurar que 100 milhões de famílias pobres em todo o mundo, especialmente as mulheres dessas famílias, tenham crédito disponível para o auto-emprego até o ano 2005.

www.mip.org - É o site da U.S. Agency for International Development - USAID para microempresas. O MIP é uma agência fruto de uma iniciativa da USAID para fornecer ajuda técnica e financeira, pesquisa e treinamento nas melhores práticas em desenvolvimento e financiamento de microempresas.

www.portaldomicrocredito.com.br - Primeiro site brasileiro dedicado ao tema do microcrédito, o portal tem como objetivo ser o local de referência do microcrédito no Brasil para todos aqueles que atuam e se interessam pelo assunto.

www.rits.org.br - A Rede de Informações para o Terceiro Setor (Rits) é uma organização privada, autônoma e sem fins lucrativos, fundada em 1997 e mantida com o apoio financeiro de agências privadas e públicas, nacionais e internacionais. Rede virtual de informações, interação e apoio técnico, a Rits oferece informação, serviços e apoio em tecnologias de comunicação e informação.

www.sebrae.com.br - SEBRAE Nacional. Tem como propósito trabalhar no desenvolvimento do universo dos pequenos negócios no Brasil de forma sustentável, contribuindo para o desenvolvimento do país como um todo.

» Fontes de Investimento

www.accion.org - A ACCION Internacional é uma organização sem fins lucrativos que utiliza as microfinanças como instrumento de combater à pobreza. A organização se dedica a fornecer serviços financeiros a microempreendedores através de uma rede de instituições presente em vários países da América Latina, recentemente operando também na África.

www.cgap.org - Agência do Banco Mundial especializada em microfinanças. O CGAP (Consultative Group to Assist the Poorest), é um consórcio de 29 agências de cooperação multilaterais e bilaterais que apóiam as microfinanças. Tem como missão melhorar a capacidade das instituições de microfinanças em fornecer serviços microfinanceiros flexíveis e de alta qualidade numa base sustentável.

www.iadb.org - O Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID foi criado para auxiliar no desenvolvimento social e econômico da América Latina e Caribe. Entre suas principais atribuições estão financiar o desenvolvimento de nações membro e fornecer assistência técnica para a preparação, financiamento e implementação de projetos de desenvolvimento.

www.planetfinance.org - PlaNet Finance é uma instituição sem fins lucrativos, com sede em Paris, que tem como seu maior objetivo reduzir a pobreza através do uso da internet como um meio para promover o desenvolvimento das microfinanças. Também possui uma metodologia de rating - GIRAFE - específica para avaliar o desempenho das instituições de microfinanças.

www.sebrae.com.br - SEBRAE Nacional. Tem como propósito trabalhar no desenvolvimento do universo dos pequenos negócios no Brasil de forma sustentável, contribuindo para o desenvolvimento do país como um todo.

www.usaid.gov - U.S. Agency for International Development - USAID é uma agência independente do governo federal americano cuja política externa é guiada pela Secretaria de Estado. Além de dar suporte a diversos objetivos da política externa americana, a agência trabalha para apolar o crescimento econômico sustentável.

» Auditoria

www.cgap.org - Agência do Banco Mundial especializada em microfinanças. O CGAP (Consultative Group to Assist the Poorest), é um consórcio de 29 agências de cooperação multilaterais e bilaterais que apóiam as microfinanças. Tem como missão melhorar a capacidade das instituições de microfinanças em fornecer serviços microfinanceiros flexíveis e de alta qualidade numa base sustentável.

» Rating

www.accion.org - A ACCION Internacional é uma organização sem fins lucrativos que utiliza as microfinanças como instrumento de combater à pobreza. A organização se dedica a fornecer serviços financeiros a microempreendedores através de uma rede de instituições presente em vários países da América Latina, recentemente operando também na África.

www.cgap.org - Agência do Banco Mundial especializada em microfinanças. O CGAP (Consultative Group to Assist the Poorest), é um consórcio de 29 agências de cooperação multilaterais e bilaterais que apóiam as microfinanças. Tem como missão melhorar a capacidade das instituições de microfinanças em fornecer serviços microfinanceiros flexíveis e de alta qualidade numa base sustentável.

www.microrate.com - MicroRate é uma companhia privada, com sede nos Estados Unidos, dedicada à avaliação de IMFs.

www.planetfinance.org - PlaNet Finance é uma instituição sem fins lucrativos, com sede em Paris, que tem como seu maior objetivo reduzir a pobreza através do uso da internet como um meio para promover o desenvolvimento das microfinanças. Também possui uma metodologia de rating - GIRAFE - específica para avaliar o desempenho das instituições de microfinanças.

» Regulamentação

www.bcb.gov.br - Banco Central do Brasil tem por missão assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda e do Sistema Financeiro Nacional. O Bacen regulamenta as Sociedades de Crédito ao Microempreendedor.

» Biblioteca

www.accion.org/pubs/main.asp - A ACCION Internacional é uma organização sem fins lucrativos que utiliza as microfinanças como instrumento de combater à pobreza. A organização se dedica a fornecer serviços

<http://www.bndes.gov.br/programas/sociais/microcredito.asp>

financeiros a microempreendedores através de uma rede de instituições presente em vários países da América Latina, recentemente operando também na África.

www.cgap.org/html/publications.html - Agência do Banco Mundial especializada em microfinanças. O CGAP (Consultative Group to Assist the Poorest), é um consórcio de 29 agências de cooperação multilaterais e bilaterais que apóiam as microfinanças. Tem como missão melhorar a capacidade das instituições de microfinanças em fornecer serviços microfinanceiros flexíveis e de alta qualidade numa base sustentável.

www.iadb.org/lib/index.htm - O Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID foi criado para auxiliar no desenvolvimento social e econômico da América Latina e Caribe. Entre suas principais atribuições estão financiar o desenvolvimento de nações membro e fornecer assistência técnica para a preparação, financiamento e implementação de projetos de desenvolvimento.

www.microjournal.com/archives.cfm - O Jornal das Microfinanças é um novo foro para o compartilhamento de idéias e informação pertinentes à prática das microfinanças e desenvolvimento da microempresa.

www.planetfinance.org/ - PlaNet Finance é uma instituição sem fins lucrativos que tem como seu maior objetivo reduzir a pobreza mediante o uso da internet como um meio para promover o desenvolvimento das microfinanças. Também possui uma metodologia de rating - GIRAFE - específica para instituições de microfinanças.

publications.worldbank.org/ecommerce/ - O Banco Mundial é uma das maiores fontes mundiais de ajuda financeira para o desenvolvimento.

» Veja:

» [Apresentação do Programa de Microcrédito](#)

» [Normas Orientadoras para Repassadores dos Recursos do BNDES](#)

» [Condições e Acesso ao Microempreendedor](#)

» [Roteiros e Manuais](#)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PRIMEIRA PARTE - CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	13
1 ORIGEM E EVOLUÇÃO NO DIREITO INGLÊS: "LAW OF THE LAND" AO "DUE PROCESS OF LAW"	13
1.1 INTERPRETAÇÕES DA "CLÁUSULA 39"	23
2 EVOLUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO AMERICANO	29
2.1 INTERPRETAÇÕES DO PRINCÍPIO DO <i>DUE PROCESS</i>	46
2.2 FASES DO SUBSTANTIVE PROCESS	54
2.3 SENTIDO GENÉRICO DO <i>DUE PROCESS OF LAW</i>	68
3 DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	73
SEGUNDA PARTE – O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO BRASIL	86
1 EVOLUÇÃO INTERPRETATIVA NAS ORDENS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS	87
1.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COM <i>STATUS</i> DE NORMA CONSTITUCIONAL	106
2 DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCESSUAL (<i>DUE PROCESS OF LAW</i>)	111
2.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	115
2.2 DIREITO AO SILÊNCIO	123
2.3 GARANTIA AO CONTRADITÓRIO PLENO E EFETIVO	137
2.4 PROCEDURAL <i>DUE PROCESS</i> APLICADO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO	140
2.4.1 Inobservância de procedimento administrativo de notificação prévia e o devido processo legal.....	146
3 DIMENSÃO SUBSTANTIVA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	155
3.1 Princípio da Legalidade (sentido amplo).....	167

3.1.1 Reserva Legal e devido processo.....	178
3.2 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.....	189
3.2.1 A Razoabilidade no direito brasileiro.....	200
3.2.1.1 Distinção entre Razoabilidade e Proporcionalidade.....	208
3.2.1.2 Razoabilidade e Proporcionalidade das Leis. Doutrina e Jurisprudência..	219
4 APLICAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO.....	240
4.1 ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO.....	241
4.1.1 O Poder de Polícia em face ao primado do devido processo legal substantivo	247
4.1.2 Devido processo legal substantivo e a Lei de procedimento administrativo nº 9.784/99.....	264
4.1.2.1 Verdade Sabida e o devido processo legal substantivo.....	271
4.1.3 Possibilidade de controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos com o advento do devido processo legal substantivo.....	277
4.1.4 Impossibilidade de aplicação de punição disciplinar militar sem observância do devido processo legal substancial.....	284
4.1.5 Mandado de Segurança contra ato disciplinar.....	289
4.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO E SUA PROJEÇÃO NO DIREITO PENAL.....	293
5 PROJEÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS.....	301
6 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA VIGÊNCIA DE ESTADO DE DEFESA E DE ESTADO DE SÍTIO.....	305
TERCEIRA PARTE – O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO INTERNACIONAL.....	317
1 EM CONVENÇÕES E TRATADOS INTERNACIONAIS.....	320
CONCLUSÃO.....	325
BIBLIOGRAFIA.....	335

INTRODUÇÃO

Considerando que os preceitos constitucionais exercem grande influência sobre todo o ordenamento jurídico, e que a Constituição Federal, alberga as garantias ínsitas ao devido processo legal, abordamos neste trabalho temas fundamentais para o exame deste princípio de natureza constitucional, processual e substancial, no quadro institucional do poder.

Em linhas gerais, configura-se o devido processo legal no direito ao processo, de forma que ninguém sofra qualquer restrição de direito sem que seja observada a formalidade prevista em lei e no direito a se submeter a leis ou atos do Poder Público que tenha conteúdo razoável e proporcional.

Para a abordagem deste princípio em suas duas faces, dando ênfase, porém, ao seu aspecto substancial, em razão do objetivo buscado com o tema “O Devido processo legal substantivo como direito fundamental”, desenvolvemos o tema em três partes.

Na primeira apresentamos algumas considerações gerais sobre o devido processo legal, origem e evolução: no direito inglês “*law of the land*” ao “*due process of law*”, interpretações da “cláusula 39”, e no direito norte-americano onde teve sua interpretação ampliada em relação à

concepção original ganhando maior importância. Discorreremos também sobre as interpretações do princípio do *due process*, as fases do *substantive process*, o sentido genérico do *due process of law* e o devido processo legal como direito fundamental, que entendemos serem importantes para a compreensão do princípio em estudo.

Na segunda parte, no desenvolvimento do tema, tratamos do devido processo legal no Brasil, e a sua evolução interpretativa nas ordens constitucionais brasileiras, e a posição de destaque que lhe foi atribuída pelo constituinte de 1988 ao lhe dar “status de norma constitucional”. Procuramos destacar ainda nos demais tópicos deste capítulo sua dimensão processual (abrangendo além do processo judicial o administrativo) e substantiva no direito brasileiro.

Por fim, na terceira e última parte apresentamos sucintamente o devido processo legal no direito internacional, mencionando algumas convenções e tratados internacionais a título de ilustração.

Cumpramos destacar que a opção por este princípio se deu por acreditarmos que, se o objetivo buscado é o “justo processo” o devido processo constitui-se em importante instrumento para a concepção deste fim. É verdadeira garantia dos direitos individuais e do Estado Democrático de Direito que se caracteriza pela separação dos poderes, submissão ao

império da lei e previsão de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Verifica-se, de imediato, que nesta obra não tivemos a pretensão de originalidade ou mesmo de esgotar o assunto que é muito vasto, mas contribuir de alguma forma para a melhor compreensão do tema.

PRIMEIRA PARTE

PRIMEIRA PARTE - CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO NO DIREITO INGLÊS: “LAW OF THE LAND” À
“DUE PROCESS OF LAW” – 1.1 INTERPRETAÇÕES DA “CLÁUSULA 39” – 2
EVOLUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO NO DIREITO AMERICANO – 2.1
INTERPRETAÇÕES DO *DUE PROCESS* – 2.2 FASES DO *SUBSTANTIVE
PROCESS* – 2.3 SENTIDO GENÉRICO DO *DUE PROCESS OF LAW* – 3
DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO NO DIREITO INGLÊS: “LAW OF THE LAND” AO “DUE PROCESS OF LAW”

A doutrina¹ anota que a origem do devido processo legal se deu na Magna Carta² outorgada por João Sem Terra em 15-06-1215, em seu

¹ Cabe ressaltar que segundo Maria Rosynete, a fonte mais remota do princípio do devido processo legal, encontra-se em um Decreto do Rei Conrado II, o ponto de partida do devido processo legal “foi a fixação de sua base histórica, cuja mais remota elaboração é encontrada em um Decreto do Rei Conrado II, de 28 de maio de 1037. Quase um século depois, a cláusula ressurgiu no Capítulo 39 da Magna Carta inglesa, outorgada pelo Rei João Sem Terra, no ano 1215.” Dissertação de Mestrado em Direito e Estado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB por Maria Rosynete de Oliveira Lima - Promotora de Justiça (do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios). Orientador: Gilmar Ferreira Mendes. Disponível no site <http://www.cjf.gov.br/revista/numero5/produca.htm> visitado em 05.07.2004.

² Magna Carta, documento que o rei João sem Terra da Inglaterra outorgou aos nobres ingleses em 15 de junho de 1215, considerada, de forma exagerada e imprecisa, como a base das liberdades constitucionais na Inglaterra. Algumas de suas reivindicações eram de caráter pessoal, mas outras eram fundamentadas no desejo de obter proteção contra os abusos do rei. No ano 1215, depois de uma considerável discussão, um grupo de nobres redigiu um documento que enviou ao monarca para que este o sancionasse com o selo real. Quando João se recusou a fazê-lo, os nobres se negaram a manter sua fidelidade, marcharam para Londres e tomaram a cidade. O rei, compreendendo que deveria chegar a um acordo, selou e promulgou a Carta. Ela continha a primeira definição detalhada das relações entre o rei e a nobreza, garantia os direitos feudais e regularizava o sistema judicial. O documento limitava o poder da monarquia inglesa e garantia os direitos dos vassallos. Muitas tradições jurídicas da Inglaterra, incluindo o direito a julgamento por um

artigo 39, quando utilizou a expressão “*law of the land*”, dispondo que:

“Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de suas liberdades ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer outra maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos forças contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país.”³

Este documento estabeleceu limites ao poder real. O poder e a liberdade como fenômenos sociais que se anulam, precisam estar em equilíbrio. O excesso de um e o conseqüente desequilíbrio entre eles, acarretará prejuízos à sociedade. Nas relações sociais, se o poder é centralizado em determinada pessoa ou grupo, os demais terão seus direitos e garantias ameaçados. Isto foi uma constante na história, a Coroa praticava atos absurdos de desrespeito aos direitos humanos, e tinham como justificativa o fato de se apresentarem como legítimos representantes de Deus.

A Magna Carta⁴, apesar de ser tida como uma carta de

júri e acesso igual à côrte de justiça para todos os cidadãos, tiveram suas origens na Magna Carta. THE BETTMANN ARCHIVE. Enciclopédia® Microsoft® Encarta. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

³ Texto original, em latim: “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eum mitemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae”.

⁴ Définitivement affaibli par les conséquences de la bataille de Bouvines (1214), Jean Sans Terre a du acquiescer aux demandes de ses barons et a permis que des copies de la Grande Charte, écrites à la main (en latin) sur parchemin, soient préparées, apposées de son sceau, et lues publiquement dans tout le Royaume. Le 15 juin 1215, les barons anglais imposent à Jean sans Terre, le plus jeune fils d'Alienor d'Aquitaine et d'Henri II Plantagenêt, un traité qui sera plus tard connu sous le nom de Grande Charte. C'est dans la prairie de Runnymede, près de Windsor, que le roi, alors âgé de 49 ans, signe ce texte de 63

outorga de direitos, na realidade não nasceu espontaneamente por ato de vontade do rei, por questão humanitária. O que ocorreu na realidade foi um acordo de vontade entre o rei e seus súditos que estavam revoltados com os desmandos reais.

Conforme ensina Virgílio Campos o que a doutrina convencionou chamar de “‘princípio do devido processo legal’ ou, na forma inglesa, *‘clause of the due process of law’*, tem origem no que também se convencionou denominar *‘Chapter’* ou *‘Clause 39’* da *‘Magna Carta’*, outorgada pelo Rei João Sem Terra aos barões ingleses no ano de 1215.”⁵ Na verdade a famosa Carta não foi dividida em capítulos, cláusulas, artigos ou parágrafos, mas redigida em forma de discurso ou *‘CARTA’* pelo Rei dirigida aos Lords (...). A divisão se deu posteriormente pelos exegetas, cada um deles agrupando regras ou garantias relativas a um mesmo objeto, em partes estanques a que se convencionou denominar *‘capítulo’* ou *‘cláusula’*.

Na realidade a *‘trigésima nona’* parte da *‘CARTA’*, situada na 40ª linha (*line 40*), refere-se, segundo os exegetas, ao comportamento que o Rei adotará para com os seus nobres quando em relação a eles tiver

articles (*Magna Charta Libertatum*). La Grande Charte inaugure l'évolution de l'Europe vers la démocratie. En imposant au roi la Grande Charte, la noblesse veut assurer le respect des coutumes et de ses droits féodaux. Dans l'immédiat, le traité n'évitera pas au pays de sombrer dans la guerre civile. Mais la postérité verra dans ce texte la première limitation imposée à l'arbitraire monarchique et l'amorce de la démocratie moderne. La Grande Charte, qui est conservée au *British Museum* de Londres, est encore de nos jours le fondement des institutions britanniques. Site: www.herodote.net/histoire06150.htm visitado em 17.10.04.

⁵ Virgílio Campos. A Natureza do Devido Processo Legal. Ensaio. Recife-PE. 1999. passim.

que agir como Juiz ou como Policial. Em termos modernos, diríamos que se trata do exercício da atividade judicial e da atividade administrativa do poder de polícia do Rei.

Nesta época o centro das decisões estava na pessoa do Rei, soberano administrador, que julgava, legislava e acusava. Havia um Conselho consultivo (Parlamento) composto pelos principais Senhores Feudais do Reino, que também exerciam a justiça dentro de seus feudos. A "Justiça Real" só era exercida se houvesse conflitos entre barões rivais, ou quando as partes, mais abastadas, mais favorecidas social e economicamente, se dirigissem ao Tribunal do Rei ("*King's Court*").

Somente no Século XVII, a Magna Carta passou a ter prestígio quando

“irrompendo o dissídio entre os partidários da soberania parlamentar, chefiados por Cromwell, e os partidários do absolutismo real, representado, primeiro, pelo Rei James e, depois, pelo Rei Carlos, os revolucionários, procurando legitimação para o seu movimento, foram buscar no passado antigos documentos que, segundo eles, corporificavam as ‘liberdades inglesas’ feridas pelo despotismo que combatiam.”⁶

⁶ “A partir da ressurreição da "Magna Carta" no século XVII, quatrocentos anos após o seu nascimento, a chamada "cláusula 39" teve uma carreira gloriosa, não somente nos países de língua inglesa, mas em todos os demais países europeus ou de cultura européia. O iluminismo promoveu à categoria de reivindicação revolucionária nº 1 "o estabelecimento democrático de um governo das leis em substituição a um

Na Magna Carta, encontraram o fundamento contra as práticas de reis déspotas. Ganha assim muito valor este documento a ponto de ser considerado, à época, o principal documento de garantia de direitos.

A disposição da “cláusula 39” passou a ser chamada de cláusula do “*due process of law*”, sendo posteriormente com essa denominação prevista na “*Petition of Rights*” de 1628 e no “*Bill of Rights*” promulgado pelo Parlamento após a “*Glorious Revolution*” de 1688.

Embora inicialmente concebida para limitar às ações reais, ninguém poderia imaginar que este documento viria a tornar-se a mais importante fonte de inspiração de garantia das liberdades fundamentais do indivíduo e da coletividade em face do poder público. Durante o reinado de Henrique II⁷, rei da Inglaterra na segunda metade do século XII, muitos métodos da inquisição foram utilizados. Seu filho Ricardo I⁸ assumiu o

despótico governo dos homens”, como doutrinado por Montesquieu no seu clássico “Espírito das Leis”, e Beccaria, em seu não menos clássico “Dos Delitos e das Penas”, erigiu o devido processo legal em elemento essencial da correta administração da Justiça. O movimento de codificação iniciado por Napoleão espalhou-se pela Europa e pelo mundo, e produziu os primeiros Códigos específicos de Processo Civil e de Processo Criminal, desatrelando o direito adjetivo do direito substantivo, ao qual até então havia ele sido subordinado, dando início a existência científica do Direito Processual como ramo autônomo da árvore do Direito”. Virgílio Campos. *Ibidem*.

⁷ Henrique II da Inglaterra (1133-1189), rei da Inglaterra (1154-1189) e primeiro monarca da Casa de Anjou ou Plantageneta, foi um importante reformador da administração e um dos soberanos europeus mais poderosos de sua época. Enciclopédia® Microsoft® Encarta. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

⁸ Ricardo I, Coração de Leão (1157-1199), rei da Inglaterra (1189-1199), filho do rei Henrique II e de Leonor de Aquitânia, casado com Berenguela de Navarra. Participou da terceira Cruzada junto com o monarca francês Felipe II Augusto. Essa Cruzada resultou em um fracasso, devido principalmente à falta de harmonia entre os dois soberanos. Capturado quando estava a caminho da Inglaterra por Leopoldo V, Ricardo foi entregue ao imperador Henrique IV e liberado em 1194 depois de pagar um alto resgate. Já na Inglaterra, ele fez as pazes com seu irmão João sem Terra, que vinha conspirando com Felipe para usurpar o trono. Durante cinco anos, a partir de 1194, combateu contra o monarca francês em defesa de suas possessões no continente.

poder aumentando cada vez mais os atos de arbitrariedades. Seu reinado vivia uma crise que gerava a inquietação entre a nobreza. Escreve Adauto Suannes,

“Ricardo, filho de Henrique II, celebrizado por Sir Walter Scott com o heróico líder das cruzadas com o epíteto de Coração-de-Leão, era, na verdade, um homem imaturo, pouco afeito a seus deveres de soberano e extremamente belicoso. Assumiu o trono depois de envolver-se em luta com seu pai e seus irmãos. Embora rei, abandonava as coisas do governo para dedicar-se a lutas externas e à procura do misterioso Santo Graal. Essas aventuras levaram o país a uma situação de quase-falência, o que exigia a elevação dos tributos, fato que mais aumentou sua já grande impopularidade.”⁹

Foi substituído por seu irmão. Conforme anota Adauto Suannes, John (João Sem Terra)¹⁰, também filho de Henrique II, sucedeu ao irmão Ricardo I no trono da Inglaterra, em 1199,

“com apenas 32 anos de idade aproveitando-se da ausência do rei, exatamente por estar participando das Cruzadas. Era

Em seu reinado, a Inglaterra sofreu com os altos impostos cobrados para financiar suas expedições. Contudo, Ricardo se transformou no herói de muitas lendas. *Enciclopédia® Microsoft® Encarta*. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

⁹ Adauto Suannes. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. p. 86.

¹⁰ João sem Terra (1167-1216), rei da Inglaterra (1199-1216), filho mais novo de Henrique II e de Leonor de Aquitânia, sucedeu a seu irmão Ricardo I, Coração de Leão, no trono. O rei Felipe II da França manteve a guerra contra João até que este devolvesse quase todas as suas possessões nesse país em 1204. Seu reinado foi se tornando progressivamente mais tirânico. Além disso, ele aproveitou também para elevar os impostos. Por fim, os barões se uniram para obrigá-lo a respeitar seus privilégios. João não teve outra opção senão assinar a Magna Carta que a nobreza lhe apresentou no ano 1215 e que limitava sua atuação de forma legal. Foi sucedido por seu filho Henrique III. *Enciclopédia® Microsoft® Encarta*. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

um período de grande tumulto, em razão não só das dívidas por ele herdadas como estar o país envolvido em guerra com a França, que reivindicava as regiões de Anjou¹¹, Normandia¹² e a Bretanha, pertencentes à coroa britânica. Isso trazia inquietação entre os nobres desde o reinado de Henrique II, que, tanto quanto seu primogênito, havia governado com poderes cada vez maiores.

O novo rei não era, como fora seu irmão, um guerreiro. Entretanto, herdou a situação caótica do Reino, que seu irmão havia levado praticamente à falência. Os barões, que não aceitavam o modo como os reis vinham limitando a autoridade deles, não tinham, porém, um pretexto adequado para insurgirem-se contra o soberano, mesmo porque a reivindicação do retorno de seus privilégios faria voltar-se contra eles a ira do povo.”¹³

Dois acontecimentos podem ser considerados na história como fatores contribuintes para o enfraquecimento do rei, em que se apoiaram as burguesias para lhe imporem suas exigências: **primeiro:** a recusa do rei a aceitar a designação de Stephen Langton para assumir o

¹¹ Anjou, Dinastia, dinastia dos condes de Anjou, do noroeste da França, também conhecida como Angevina; fundada por Foulques I, o Ruivo, sob os imperadores carolíngios do século IX. Dela descendem várias dinastias reais, inclusive a dos Plantagenetas. Anjou antiga província da França cuja capital era Angers. No começo do século IX, Anjou foi governada pela dinastia dos Anjou. Na segunda metade do século XII, essa província foi dominada pela Inglaterra e posteriormente conquistada por Felipe II da França no ano 1204. Em 1480, o rei Luis XI anexou definitivamente este ducado aos territórios da coroa. *Enciclopédia® Microsoft® Encarta. © 1993-1999 Microsoft Corporation.*

¹² Normandia, região e antiga província da França, que limita com o canal da Mancha. Sua área corresponde aproximadamente aos estados atuais de Seine-Maritime, Eure, Orne, Calvados e Manche. Normandia continuou sendo uma possessão inglesa até que foi conquistada em 1204 por Felipe II Augusto. Durante a guerra dos Cem Anos, a região foi ocupada em várias ocasiões pelas forças francesas e inglesas; finalmente, os franceses a reconquistaram em 1450. *Enciclopédia® Microsoft® Encarta. © 1993-1999 Microsoft Corporation.*

¹³ Adauto Suannes. *Ibidem.* p. 86.

Arcebispo de Canterbury, em 1206. O Papa Inocêncio III, em represália, além de excomungá-lo, mandou fechar todas as igrejas do país, trazendo uma grande insatisfação popular. Posteriormente, em 1213, o rei reconsiderou seu ato submetendo-se a autoridade papal¹⁴; **segundo:** o fracasso do rei ao tentar recuperar partes das terras ocupadas pela França.

Percebendo a fragilidade do rei, a nobreza liderada pelo arcebispo de Canterbury, Stephen Langton, pressionou o rei a colocar o selo real na carta que continha 63 temas, a maioria deles de interesse da nobreza.

Observa Adauto Suannes que:

“Inicialmente o rei recusou-se a apor o selo real no documento, o que justificou que bispos e nobres realizassem a marcha do Exército de Deus e da Santa Igreja em direção à cidade de Londres, que foi por eles tomada, ameaçando alastrar a revolta por todo o país.

No dia 15 de junho de 1215 o rei John finalmente reconheceu que não tinha escolha e acolheu a petição, comprometendo-se a pautar sua conduta em relação aos súditos de acordo com o ali proposto. Após o selo rela no

¹⁴ João sem Terra, filho de Henrique, perdeu a Normandia em 1204. Em 1213, após uma longa luta com o papa Inocêncio III sobre a investidura de Stephen Langton como arcebispo de Canterbury, reconheceu finalmente que a Inglaterra era um feudo papal. Tudo isso precipitou a disputa com a nobreza que cansada do seu despotismo, negou-se a participar na reconquista da Normandia. Inglaterra, *Enciclopédia® Microsoft® Encarta*. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

documento, exclamando a frase célebre: *'As well may they ask my crown!'*. Bem que poderiam pedir a minha coroa!"¹⁵

Ressalta Carlos Roberto de Siqueira Castro que:

“O fracionamento da utilização da terra e a acumulação da riqueza e poder em mãos do baronato normando fizeram aguçar os ímpetos de resistência ao arbítrio real, até desaguarem, com a Great Charter, nesse estatuto de convivência política e econômica entre as elites dominantes naquela quadra medieval em que a posse e a exploração da terra constituíam o sinal da própria cidadania embrionária e as fronteiras muito tênues entre o domínio público e o privado.”¹⁶

O rei não tinha opção, afirma Medeiros:

“É claro que João Sem terra estivera juridicamente bem orientado, e, não obstante as razões que levaram os barões a exigir direitos e, ainda, o perigo iminente que corria a coroa, dada a força econômico-política do baronato, conseguiu o rei manter a autoridade – e isto significava, também, donativos, tributos, prestígios etc. – não sem deixar claro que os direitos que concedia, ‘concedia-os’, ‘unilateralmente’, segundo suas alegadas razões, com o propósito de pacificação e por sua ‘generosidade real.’”¹⁷

Assim como os diversos pactos medievais, a Magna Carta

¹⁵ Adauto Suannes. *Ibidem*. p. 87.

¹⁶ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. p. 8.

¹⁷ Osmar Fernando de Medeiros. *Devido Processo Legal e Indevido Processo Penal*. p. 113.

serviu como fonte inspiradora para as constituições modernas, por ter positivado a proteção de direitos individuais, mesmo que tenha tido o escopo de proteger grupos determinados. Para isso foi escrita em latim¹⁸ com o intuito de dificultar o acesso ao povo menos esclarecido. Foi confirmada, em 1297, por Eduardo I¹⁹.

É considerada, atualmente como o principal documento que serviu de base para o princípio da legalidade, do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, do instituto do *habeas corpus*, entre outros.

Esta Carta foi o primeiro ordenamento que fez menção ao devido processo legal, ao fazer referência a *law of the land*. A expressão *due process of law*, foi utilizada, posteriormente, em lei inglesa “*Statute of Westminster of Liberties of London*”, elaborado por um legislador desconhecido, em 1354, no reinado de Eduardo III²⁰.

No sistema inglês o devido processo legal tinha conotação somente de proteção processual penal, o que não ocorreu na América do

¹⁸ Seu texto ficou em latim por mais de duzentos anos, a fim de que grande parte da população não pudesse invocá-la em sua defesa.

¹⁹ Eduardo I da Inglaterra (1239-1307), rei da Inglaterra (1272-1307), membro da Casa Plantageneta. Era o filho mais velho do rei Henrique III e se casou com Leonor de Castela. Quando estorou a guerra entre o rei e a nobreza, foi reconhecido como monarca depois da morte de seu pai. Durante os cinco primeiros anos de reinado consolidou sua autoridade, atacou a corrupção na administração da justiça e aboliu o domínio do Papado sobre a Inglaterra. Além disso, expulsou os judeus da Inglaterra e enfrentou a França pelo controle da Gasconha. Eduardo perdeu esse território em 1293, ano em que os galeses se rebelaram; posteriormente, teve que enfrentar a resistência nacional da Escócia. Enciclopédia® Microsoft® Encarta. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

²⁰ Eduardo III da Inglaterra (1312-1377), rei da Inglaterra (1327-1377), iniciador do longo conflito com a França denominado guerra dos Cem Anos. Era o filho mais velho do rei Eduardo II, da Casa Plantageneta. Enciclopédia® Microsoft® Encarta. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

Norte onde as colônias norte-americanas passaram a interpretá-lo amplamente, como proteção processual penal, processual civil, também em procedimentos administrativos instaurados pela administração pública e como proteção material.

1.1 INTERPRETAÇÕES DA "CLÁUSULA 39"

A Magna Carta foi escrita em latim, e por ser a língua culta na Idade Média, o povo não podia compreender, pleitear e usufruir os direitos que ela continha. Conforme escreve Virgílio Campos:

“Trata-se de um latim pedante e difícil cuja tradução para o inglês do exemplar mais bem conservado, que se acha no Castelo de Lincoln²¹ (existem ainda dois outros exemplares, mas em precário estado de conservação), e que serve para a exata interpretação gramatical do texto, tem variado bastante ao longo dos tempos, acompanhando a própria evolução da língua inglesa e procurando-se torná-lo mais inteligível aos contemporâneos pela adoção de termos legais de uso atual”²².

²¹ Entre os tesouros da Catedral de Lincoln, está a cópia do original da Magna Carta e as bases da Carta dos Direitos de Guilherme, o Conquistador. Tony Stone Images. “Catedral de Lincoln, Inglaterra,” Enciclopédia® Microsoft® Encarta. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

²² Assim, a palavra *disseized* das traduções mais antigas tem sido, modernamente, substituída pela palavra de maior compreensão popular *outlawed*; embora esta não tenha o mesmo exato significado daquela, que, no contexto da Carta, é de “desapossado dos bens e dos direitos” no sentido de excluído da comunhão social ou de “fora da proteção da lei”. A expressão *...nor shall We go upon him, nor send upon him...*, que está perfeitamente de acordo com o texto latino e os brutais procedimentos da Idade Média, tem sido trazida para o técnico e suave linguajar jurídico atual *...nor We will proceed against, or prosecuted him....* Virgílio Campos. *Ibidem*.

Seguindo traduções literais mais antigas, que refletem melhor o verdadeiro sentido histórico do dispositivo, permitindo um entendimento mais próximo do que se buscava na época com a edição do texto previsto na Magna Carta, a versão da cláusula 39 constante da biografia escrita por William Seagle do grande jurista Inglês Edward Coke²³ (1552 a 1634), cognominado “*The Oracle of The Common Law*”, redator da “*Petition of Rights*” e principal porta-voz jurídico do Parlamento na luta contra o absolutismo real, é a seguinte: “*No freeman shall be taken, or imprisoned, or disseized, or exiled, or in any way destroyed, nor shal We go upon him, nor send upon him, except by the lawfull judgment of his peers, or by the law of the land*”²⁴. Ou seja, nenhum homem livre será detido, ou aprisionado, ou destituído, ou exilado, ou de nenhuma forma destruído, nem iremos nós sobre ele, nem mandaremos ir sobre ele, exceto pelo julgamento legal dos seus pares ou pela lei do país²⁵.

²³ Durante o reinado de Carlos I, entre 1625 e 1649, enfrentaram-se o rei defensor de uma monarquia por direito divino e o Parlamento, que insistia em manter a independência. O presidente do Tribunal Supremo, Edward Coke, apoiou a decisão do Parlamento de processar os ministros do rei (1621) e contribuiu para a criação da Petição de direitos, em 1628. Da mesma forma que a Carta Magna, obrigava Carlos I a admitir que havia limites na sua autoridade. "Inglaterra," Enciclopédia® Microsoft® Encarta. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

²⁴ Cf., ensina Virgílio Campos: “Ressalve-se que numa sociedade feudal, como a da época, excepcionando-se a diminuta população burguesa das pouquíssimas cidades de alguma expressão então existentes, a quase totalidade da população vivia nos campos e estava dividida, majoritariamente, entre “senhores” e “servos”, donde se conclui que a palavra “freeman” se refere aos “Senhores” e não a qualquer do povo, como mais tarde veio a acontecer na prática. Os Barões, ao extorquirem do Rei a “Carta de Direitos”, não foram conduzidos por nenhum ideal altruístico de “Justiça e Liberdade” para todos, mas apenas para eles próprios”. Virgílio Campos. Ibidem.

²⁵ Cf. William Seagle, O julgamento por “iguais” foi interpretado como sendo o “direito a julgamento criminal por Jury” para todos os cidadãos, e cujo uso no cível já estava relativamente consolidado nos Tribunais Reais. William Seagle, “Men of Law”, p. 164. v., tb., Virgílio Campos. Ibidem.

Procurou a Magna Carta prever possíveis violações de direitos praticadas contra um homem livre pelo Rei. Dispondo que tais práticas restritivas da liberdade só poderiam ser praticadas por meio do *by the lawfull judgment of his peers* ou da *by the law of the land*. Ou seja, se o Rei quisesse praticar atos de cerceamento de direitos contra o indivíduo exercendo a função jurisdicional, teria que constituir um tribunal composto de homens iguais ao acusado. Agindo, todavia, o Rei no exercício do Poder de Polícia²⁶ deveria agir em consonância com a lei vigente. Ocorre com isso um processo de valoração da lei, como fonte do direito impondo limites à atuação do Rei²⁷.

Estabelece assim a cláusula 39, a *Rule of Law*, ou seja o Império da Lei ou como muitos denominam o Governo das Leis. Sendo o “*due process*” apenas um dos seus aspectos, ou, mais precisamente, a forma por meio da qual o governo das leis se exerce na administração da Justiça. O “*due process*”, portanto, é um direito da parte e um dever do juiz. É garantia de um julgamento justo.

²⁶ Sobre a evolução do poder de polícia escreve Maria Sylvia di Pietro que: “Começou em uma fase, própria das monarquias absolutas (Estado de Polícia), em que o *jus politiae* compreendia uma série de normas postas pelo príncipe e que se colocavam fora do alcance dos Tribunais; com a instauração do Estado de Direito e sob o influxo dos princípios do liberalismo, cuja preocupação era proteger os direitos individuais contra as interferências do Poder Público, a polícia era essencialmente uma polícia de segurança ou polícia da ordem pública; finalmente, quando o Estado liberal começa a transformar-se em Estado intervencionista, a sua atuação passa a estender-se da ordem pública para a ordem econômica e social. Com isso, surgem, ao lado da tradicional *polícia geral*, voltada para a segurança pública, as *polícias especiais*, que atuam nos mais variados setores da atividade dos particulares. Hoje, o poder de polícia corresponde à atividade do Estado, disciplinada por lei, consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”. Maria Sylvia di Pietro. *Polícia do meio ambiente*. p. 180]

²⁷ *in* Seagle, “Men of Law”, pg.177: “O Rei não deve ser submisso a ninguém, mas somente a Deus e à Lei”. v. tb., Virgílio Campos. *Ibidem*.

A interpretação da “cláusula 39” sofreu diversas alterações ao ter seus direitos consagrados novamente pela “*Petition of Right*” (1628) e pelo “*Bill of Rights*” (1688). A de maior relevância prática foi a abolição do “*bill of attainder*”²⁸ que até então atendia a exigência da cláusula do devido processo legal, ao juiz natural e a reserva legal.

Posteriormente, observou-se que era necessária a garantia da ampla defesa ao acusado, para que o julgamento fosse justo. Embora fosse exercida mais ou menos durante os “*proceedings*” no julgamento pelo *Jury*, não havia qualquer garantia expressa de que ele (*proceedings*) pudesse ser exercido ou não, com ou sem amplitude, dele nem sequer se cogitava no caso de “*prosecution by the law of the land*” (exercício do poder de polícia).

Na Idade Média, ter o cerceamento de direitos por ato do Parlamento ou por alguém autorizado por ele, por meio de lei, constituía garantia ao indivíduo. Porém, quinhentos anos mais tarde, já se considerava ato de tirania, o que originou na abolição do “*bill of attainder*”. Sobre esta questão menciona Nelson Nery o seguinte:

²⁸ Este consistia numa Lei ou Decreto auto-aplicável, que já trazia em si a pena e a condenação à mesma do destinatário da norma, sem necessidade de processo, julgamento ou qualquer pronunciamento judicial sobre a sua aplicação. Baixava-se um Decreto dizendo: “os que escreverem, imprimirem ou distribuírem literatura subversiva ficam condenados a exílio perpétuo nas Colônias Americanas”. O indivíduo que fosse capturado numa dessas práticas, constatada através de simples inquérito, era mandado para o exílio sem remissão. Até então se considerava que um “julgamento e condenação por decreto do Parlamento”, ou por uma autoridade que a tal estivesse por ele entitulado, não contrariava a *garantia* da “cláusula 39”, seja porque o Parlamento era o *Jury* maior da nação, seja porque era ele que, em última instância, fazia ou desfazia a “*Law of the Land*”. Quanto a “cláusula 40”, de “indenegabilidade da jurisdição”, julgava-se ela plenamente atendida pois o réu recebera “jurisdição” do mais alto Tribunal do Reino, que era o Parlamento. Virgílio Campos. *Ibidem*.

“Exemplo disso nos dá a constituição norte-americana, que pelo seu art. 1º, Secção 9ª, nº III, proíbe o *bill of attainder*, espécie de ato legislativo que considerava o cidadão culpado sem prévio julgamento, bem como veda a edição de leis penais com efeito retroativo (*ex post facto law*).”²⁹

Ensina Virgílio Campos:

“Os *bill of attainder* foram abolidos e o ‘julgamento e condenação’ passou a ser tarefa privativa e exclusiva dos Tribunais, onde seria possível ao acusado defender-se e obter um julgamento justo. Fez-se mais. Estabeleceu-se que todo prisioneiro ainda não julgado tinha direito a ser ouvido por um Juiz, que estabeleceria ou não a sua culpa, mandando submetê-lo a julgamento ou libertá-lo, conforme o caso. Para tornar efetiva a garantia, ressuscitou-se o antigo *bill of Habeas Corpus*, que na sua origem era apenas uma ordem para que se prendesse alguém e se apresentasse o prisioneiro à Corte, passando-se a usá-lo como o deferimento do pedido do prisioneiro para que fosse ouvido pelo Juiz a fim de que este decidisse preliminarmente sobre a legalidade ou ilegalidade da prisão da qual o peticionário se dizia vítima.

A abolição do ‘*bill of attainder*’³⁰ resultou no ‘princípio’ da *concentração da jurisdição* no Poder

²⁹ Nelson Nery Júnior. Princípios do Processo Civil na Constituição. p. 35.

³⁰ Cf. Virgílio Campos. Atualmente há um forte movimento em favor do retorno do *bill of attainder*, na Inglaterra e nos EUA, trezentos anos após a sua abolição, embora sob o crivo judicial. Nesse caso, “os reincidentes pela terceira vez em certos tipos de delitos, especialmente delitos contra o patrimônio ou que envolvam a prática de violência, sejam mandados para a cadeia por um período fixo, sem julgamento, apelação, fiança, *sursis*, substituição da pena ou livramento condicional, bastando, para tanto, a verificação pelo Juiz da existência e autoria do delito”. Virgílio Campos. *Ibidem*.

Judiciário que, adicionado ao 'princípio' da *indenegabilidade da jurisdição*, resultou na norma fundamental de 'Garantia de Direitos', hoje vigente em todos os países civilizados do mundo, de que 'nenhum agravo a direito será excluído da apreciação do Poder Judiciário'³¹.

Quando a cláusula 39, *Rule of Law* ganha a denominação que a consagrou "*due process of law*", passa a ser entendida como garantia a reserva legal, a um julgamento proferido por um juiz natural³², e a ampla defesa, "amparados pelo princípio da indenegabilidade e concentração da jurisdição".

³¹ Virgílio Campos. *Ibidem*.

³² Cf. Virgílio Campos. O moderno conceito de "Juiz Natural" consiste em tê-lo não como um igual ao litigante mas como órgão independente e imparcial constitucionalmente estabelecido para o julgamento de controvérsias que vierem a ocorrer após o seu estabelecimento. Virgílio Campos. *Ibidem*.

2 EVOLUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO AMERICANO

Os direitos fundamentais do homem foram fortalecidos grandemente, no século XVIII, em decorrência da previsão expressa do devido processo legal nos textos constitucionais elaborados nesta época.

Nos Estados Unidos, antes mesmo da Constituição Federal Americana, de 1787, algumas constituições estaduais já tinham consagrado o *due process of law*, como garantia fundamental do homem, como, por exemplo, as de Maryland³³, Pennsylvania e de Massachusetts, que repetem a regra da Magna Charta e da Lei de Eduardo III³⁴.

Posteriormente, através da Quinta (1791) e Décima Quarta (1868) emenda constitucional foi acrescido à Constituição Americana o princípio do *due process of law*, que além da visão processualista ganha nova orientação, a substancial.

Convém ressaltar que esta nova orientação não ocorreu de

³³ “Mas foi a ‘Declaração dos Direitos’ de Maryland, de 3.11.1776, que fez, pela primeira vez, expressa referência ao trinômio hoje insculpido na Constituição Federal norte-americana, vida-liberdade-propriedade, dizendo em seu inciso XXI que ‘that no freeman ought to be taken, or imprisoned, or disseized of his freehold, liberties, or privileges, or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty, or property but by the judgement of his peers, or by the law of the land’. Depois dela, veio a ‘Declaração dos Direitos’ da Carolina do Norte, em 14.12.1776, fazendo também referência à vida-liberdade-propriedade como os valores fundamentais protegidos pela lei da terra: ‘That no freeman ought to be taken, imprisoned, or disseized of his freehold, liberties, or privileges, or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty, or property, but by the law of the land’. Posteriormente, as constituições das colônias de Vermont (por declaração que se incorporou à constituição de 8.7.1777), de Massachusetts (25.10.1780) e de New Hampshire (2.6.1784), transformadas depois em estados federados, adotaram o mesmo princípio do devido processo legal em seus territórios”. Nelson Nery Júnior. *Ibidem.*, p. 30.

³⁴ Nelson Nery Júnior. *Ibidem.*, p. 30.

imediatos, pois a jurisprudência americana, por aproximadamente cem anos interpretou restritivamente o devido processo legal, que como no modelo inglês tinha aplicação somente processual penal, visando a proteção de direitos.

Objetivando proteger a livre iniciativa (da Ordem Econômica e Financeira) da legislação intervencionista estatal (os Estados americanos editavam leis protecionistas garantidoras dos direitos dos trabalhadores), é que a Suprema Corte, entendendo que tais leis eram inconstitucionais por conflitarem com a cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial, passou a anulá-las. Isto ocorre por exemplo, no famoso caso “*Lochner v. New York*”³⁵, em 1905, em que a lei do Estado de Nova Iorque, determinava que a jornada de trabalho, para empregados de padaria não poderia ultrapassar de 10 horas diárias e 60 horas semanais, considerando conduta criminosa o descumprimento da mesma. *Lochner*, dono de uma padaria foi condenado à pena privativa de liberdade por descumprimento deste preceito. A Suprema Corte porém, entendeu que o princípio do devido processo legal tinha sido ferido porque garantia aos empregados e patrões a liberdade de contratarem a duração do trabalho

³⁵ *Lochner v. New York* (1905). “Decisão do Supremo Tribunal, que revogou uma lei estadual sobre o número máximo de horas de trabalho como violação da cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda. Foi anulada em 1917 pela sentença proferida no caso de *Buting v. Oregon* (...). Numa discordância amiúde citada, disse o juiz Oliver Wendell Holmes: ‘A Décima Quarta Emenda não põe em prática a estática social do sr. Herbert Spencer... as constituições não objetivam incorporar teorias econômicas particulares... e o acidente de acharmos certas opiniões naturais e familiares ou novas e até chocantes não deve servir de remate ao nosso juízo sobre a questão de saber se estatutos que as incorporam conflitam ou não com a Constituição dos Estados Unidos.’” Harold C. Syrett. (org.). Documentos Históricos dos Estados Unidos. p. 253

diário sem a ingerência do Estado³⁶.

No decorrer dos anos gradativamente o Estado Social ganha força passando a editar cada vez mais leis com caráter social, diminuindo a aplicação da cláusula do devido processo legal com o fim de proteção a matérias econômicas. O enfoque de proteção é modificado passando a ser mais utilizada como limitativa do Estado para impedi-lo de cercear direitos do indivíduo como a liberdade de pensamento, de opinião, de imprensa, de religião, de participação política, direito de receber, dar e acessar a informação, de votar e ser votado e etc. No caso *Meyer v Nebraska*³⁷, em 1923, a Corte ao entender que o devido processo legal garante o direito ao livre aprendizado e à informação, reformou decisão que condenou um professor que lecionava em alemão, violando lei estadual que proibia o ensino de crianças em outras línguas que não a inglesa.

No caso *Skinner v. Oklahoma*³⁸, em 1942, lei estadual previa a esterilização compulsória da pessoa que fosse condenada três vezes consecutivamente por crime grave, cuja pena fosse a reclusão. Aplicando o princípio do devido processo legal no sentido substancial a Suprema Corte americana entendeu que a lei não podia prevalecer por ser o direito de procriar um direito fundamental do ser humano protegido implicitamente

³⁶ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 64-65.

³⁷ Ronald D. Rotunda, *Modern Constitutional Law*. 2ª ed., Saint Paul. 1985, pp. 340, 341 e na mesma obra nº 8,3,4., pp. 610 e ss. *apud* Nelson Nery Junior. *Ibidem.*, p. 32.

³⁸ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 72.

pela cláusula da “*substantive due process*”.

Em pronunciamento num Congresso de direito processual ao mencionar a 5ª Emenda à Constituição americana de 1787, afirmou Geraldo Brindeiro que:

“A 5ª Emenda à Constituição Americana de 1787 foi, porém, a que introduziu a expressão *due process of law*, estabelecendo que ‘nenhuma pessoa pode ser privada da vida, liberdade e propriedade, sem o devido processo legal’. E a 14ª Emenda, em 1868, vinculou os Estados da Federação à cláusula, o que permitiu à Suprema Corte americana, especialmente nos anos 60, durante o período do Chief Justice Earl Warren, desenvolver jurisprudência de proteção aos direitos civis assegurados no Bill of Rights”³⁹.

Prossegue o jurista,

“...numa primeira fase, como se sabe, apenas as garantias de natureza processual propriamente ditas, relativas ao direito a *orderly proceedings*, procedimentos ordenados por princípios como, no campo processual penal, a proibição de *bill of attainder* (ato legislativo que importa considerar alguém culpado pela prática de crime sem a precedência de um processo e julgamento regular em que lhe seja assegurada ampla defesa) e de leis retroativas (*ex post facto law*), além da vedação de auto-incriminação forçada (*self*

³⁹ Pronunciamento na abertura do Congresso Brasileiro de Direito Processual, realizado no Centro de Convenções de Pernambuco, em março de 1996.

incrimination), do julgamento duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*) e do direito à ampla defesa e ao contraditório. No campo processual civil, como no processo trabalhista, do direito constitucional à tutela jurisdicional do Estado e do devido processo legal resultam a instrução contraditória, o direito de defesa, o duplo grau de jurisdição e a publicidade dos julgamentos, dentre outras garantias. Segundo sua concepção originária e adjetiva, portanto, a cláusula do devido processo legal não visava a questionar a substância ou o conteúdo dos atos do Poder Público, mas sim a assegurar o direito a um processo regular e justo. Por isso, nesse sentido, aplica-se a denominação *procedural due process*.⁴⁰

É um processo gradativo a ampliação do conteúdo deste princípio na Suprema Corte americana que no decorrer do tempo vai adaptando-o, a cada momento, as circunstâncias fáticas que surgiam, pela dinâmica que sugere a sua interpretação. Conforme Torquato Lorena, estas decisões buscaram adaptar o direito às novas circunstâncias,

“a garantir que ele não perdesse seu significado na sociedade, a permitir seu exercício efetivo e contínuo dentro de um espírito de igualdade, e possibilitar que ele fizesse frente aos novos males e obstáculos que os constituintes do século XVIII não conheceram.”⁴¹

⁴⁰ Pronunciamento na abertura do Congresso Brasileiro de Direito Processual, realizado no Centro de Convenções de Pernambuco, em março de 1996.

⁴¹ Torquato Lorena Jardim. “Due process of law” e a proteção das liberdades individuais. RDP 64/109-123. out/dez 82.

Sobre esta interpretação evolutiva menciona Anna Cândida da Cunha Ferraz:

“E tão amplo é este poder que não foi necessária, nos Estados Unidos, qualquer reforma constitucional para adaptar os poderes do Congresso em matéria econômica aos Estados Unidos de hoje. A Constituição foi adaptada à nova sociedade por se considerar que, de modo geral, após a Segunda Guerra Mundial, inúmeras Constituições do mundo ocidental foram alteradas formalmente para permitir alargamento das funções legislativas em matéria econômica e social, exigidas por uma renovada sociedade.

Também a interpretação constitucional do capítulo dos direitos individuais exemplifica o modo pelo qual certas expressões da Constituição dos Estados Unidos chegaram a ter significado concreto evolutivo. Karl Wheare acentua a cláusula do devido processo legal, que de simples ditame de observância das leis passou a ser vista pela Corte Suprema como garantidora de direitos e condicionadora da ação governamental.”⁴²

A Corte americana, ao interpretá-lo não restringiu sua aplicação a sua origem processualística penal como foi instituído na Magna Carta de 1215. As colônias americanas pela guerra haviam conquistado sua independência e careciam de uma constituição para organizar e estruturar juridicamente o novo Estado que surgia; porém quando se reuniram na

⁴² Anna Cândida da Cunha Ferraz. *Processos Informais de Mudança da Constituição. Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. p. 131-132.

convenção de Filadélfia no ano de 1787, os constituintes não proclamaram, naquele momento, um *Bill of Rights* uniforme para todo o país.

Somente quatro anos mais tarde, em 1791, com a promulgação das dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos, estabeleceram então, o *Bill of Rights* norte-americano, que posteriormente, é acrescentado com outras emendas que viriam a inserir maiores proteções aos direitos humanos.

O sistema jurídico americano desde a era de colônia, absorveu muitas das imemoriais tradições humanistas inglesas. A cláusula do devido processo legal associada à independência do poder judiciário e à possibilidade da revisão judicial na partilha de competências orgânicas do Estado, esteve sempre presente no constitucionalismo norte-americano, aperfeiçoado a partir das tradições *jusnaturalistas* do *common law*⁴³ anglo-saxônico. A 5ª Emenda é dirigida aos poderes e às autoridades da União Federal.

Destaca Maria Rosynete de Oliveira Lima que:

⁴³ Cf. Miguel Reale: “*Common law* é o nome que se dá à experiência jurídica da Inglaterra, dos Estados Unidos da América, e de outros países de igual tradição. O que caracteriza o *common law* é não ser um Direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através das decisões dos tribunais. É, assim, um Direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do Direito continental europeu e latino-americano, filiado à tradição romanística, do Direito Romano medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas”. Miguel Reale. *Noções Preliminares de Direito*. p. 97-98. nota de rodapé.

Assinala ainda Miguel Reale que: “A dois tipos de ordenamento jurídico, o da tradição romanística (nações latinas e germânicas) e o da tradição anglo-americana (*common law*)”. *Ibidem.*, p. 141.

“Nesse ordenamento jurídico, o *due process of law* teve um desenvolvimento singular, pois, afora o seu significado mais comum – assegurador de um *ordely proceedings* –, a Suprema Corte construiu entendimento, a partir da decisão do litígio entre Dred Scott v. Sandford (1857)⁴⁴, segundo o qual a tarefa legislativa também está sujeita ao *due process of law*. Assim, o preceito não se limita a examinar questões meramente formais; vai além, para analisar o conteúdo das normas. Ademais, encontraremos, nesse sistema, aplicações da cláusula na relação entre particulares, desde que evidenciada uma *state action*, isto é, uma ação estatal.”⁴⁵

Poderíamos descrever como objetivos basilares do devido processo legal: garantir por meio de procedimentos preestabelecidos, resultados mais justos; proibir a privação ilegal de interesses; garantir que

⁴⁴ Dred Scott, “escravo negro, foi levado por seu dono, o dr. John Emerson, de Missouri para Illinois e dali para o território de Wisconsin, sendo que nas duas últimas áreas a escravidão era proibida. Em 1846, após seu regresso a Missouri, Scott promoveu ação nos tribunais estaduais solicitando lhe fosse concedida a liberdade sob a alegação de que se tornara livre por haver residido em solo livre. A decisão de um tribunal inferior, que o libertava, foi revogada pelo Supremo Tribunal do Estado. A propriedade de Scott passara para as mãos de simpatizantes do abolicionismo, que a transferiram para um nova-iorquino, de modo que os tribunais federais pudessem ter jurisdição sobre o caso (segundo o Art. III, Seç. 2 da Constituição). Depois de haver sido a propriedade nominalmente transferida para John F. A. Sanford (cujo nome foi escrito incorretamente nos relatórios oficiais), de Nova Iorque, o caso subiu ao tribunal federal do distrito e, finalmente, ao Supremo Tribunal. A corte examinou os seguintes pontos: se Scott era cidadão de Missouri (se o não fosse, não poderia propor ação nenhuma num tribunal federal); se a residência numa área livre lhe dava a liberdade depois do seu regresso a Missouri; e se o Compromisso de Missouri (de acordo com cujos termos a escravidão era proibida no território de Wisconsin) era constitucional. Cada um dos juízes deu parecer em separado, mas a do presidente do tribunal, Roger B. Taney, é geralmente considerada a opinião da maioria.” Harold C. Syrett. (org.). Documentos Históricos dos Estados Unidos. p. 196. A Suprema Corte entendeu que: “...Se a Constituição reconhece o direito de propriedade do dono sobre um escravo, e não faz distinção entre esse tipo de propriedade e outra qualquer possuída por um cidadão, nenhum tribunal, que aja sob a autoridade dos Estados Unidos, seja ele legislativo, executivo ou judiciário, tem o direito de fazer tal distinção, ou de negar-lhe o benefício das estipulações e garantias fornecidas para a proteção da propriedade privada contra os abusos do governo. (...). ...a Lei do Congresso que proibia um cidadão de ter e possuir propriedades desse gênero no território dos Estados Unidos ao norte da linha supramencionada, não sendo autorizada pela Constituição é, portanto, nula; e que nem o próprio Dred Scott, nem ninguém da sua família, foram libertados por terem sido transportados para esse território; mesmo que tivessem sido levados para lá pelo dono, com a intenção de ali residir permanentemente...” Harold C. Syrett. (org.). *Ibidem.*, p. 199-200.

⁴⁵ Maria Rosynete de Oliveira Lima. site <http://www.cjf.gov.br/revista/numero5/produaca.htm> acessado em 05.07.2004.

as pessoas sejam tratadas pelo governo com razoabilidade; e que tenha seus argumentos apreciados pelo Estado. É, essencialmente uma garantia de justiça que dependendo de cada caso pode ter sentidos diversos, como, por exemplo: uma oportunidade para ser ouvida em momento e de um modo determinado, uma decisão apoiada por evidência significativa, etc. Em geral, o mais importante é o direito individual em questão. Ninguém pode ser privado de sua liberdade sem as proteções rigorosas de uma legislação criminal e determinações especiais sobre fatores agravantes que justifiquem sua prisão. Por outro lado, o tribunal americano aceitava que a suspensão da licença de um motorista poderia acontecer sem muitas das mesmas proteções.

No direito norte-americano por predominar certo receio contra os atos do Legislativo, reflexo natural do período colonial, por conta das arbitrariedades praticadas pelo Parlamento Inglês, consagra-se também a teoria do exame judicial da constitucionalidade das leis, que estabelece ao Judiciário o dever de declarar o que é o Direito.

Vê, então, a jurisprudência americana no devido processo legal um princípio ideal para fundamentar a expansão do *judicial review*, por entender diferentemente da Inglaterra que os atos do governo e a lei deviam sofrer um controle de razoabilidade ou racionalidade, surgindo então o *substantive due process*, que se transforma em grande instrumento

da justiça, da democracia e de defesa do Estado de Direito com as interpretações que a jurisprudência americana lhe vai auferir.

Com menos de quatro anos passados da promulgação da Constituição Americana (1787), em 15 de dezembro de 1791, foram ratificadas dez das doze emendas propostas, dentre elas a quinta que tratava do *due process of law*, da seguinte forma:

“Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ativo; nenhuma pessoa será, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular; a propriedade privada não será desapropriada para uso público sem justa indenização.”⁴⁶

Conforme assinala Edward S. Corwin:

“As Emendas IV, V, VI e VIII constituem uma

⁴⁶ No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service, in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation. (Emenda nº 5, à Constituição Americana). (Edward S. Corwin. A Constituição Norte-Americana e seu significado atual. Prefácio, tradução e notas de Leda Boechat Rodrigues., p.254).

‘declaração de direitos’ das pessoas acusadas. Na maior parte foram compiladas das Declarações de Direitos (*Bills of Rights*) das antigas constituições estaduais e a mais de um respeito representam um distinto avanço sobre o direito inglês da época e, na verdade, por muitos anos adiante.”⁴⁷

Convém ressaltar, que tais princípios e garantias não foram aceitos pacificamente e por unanimidade. Juristas americanos entendiam que se referiam apenas as causas federais, ainda que expressamente previstos na Constituição Federal Americana e que os Estados não estavam obrigados a acatá-los por terem competência para legislar sobre estes temas. A 5ª emenda se referia especificamente para ações federais e não para ações estaduais. Para ações estaduais seria necessária outra emenda que incluísse especificamente os estados.

A competência da Suprema Corte norte-americana foi questionada no sentido de, poderem ou não poderem, estender ou diminuir a aplicação destes direitos e garantias, haja vista não terem sido eleitos pelo povo para representá-los. Sobre esta questão Adauto Suannes escreve que: “Somente nos anos 60 a Suprema Corte passou a afirmar categoricamente que muitos dos preceitos do *due process* previstos na Constituição Federal aplicavam-se aos processos judiciais estaduais.”⁴⁸

Estes questionamentos foram esvaziados com o advento da

⁴⁷ Edward S. Corwin. *Ibidem.*, p.255.

⁴⁸ Adauto Suannes. *Ibidem.*, p. 113.

14ª emenda, ratificada em 9 de julho de 1868, que estabeleceu em níveis federal e estaduais que nenhuma pessoa será privada da vida, liberdade, ou propriedade sem o devido processo legal.

Sobre a questão anota Ada Pellegrini Grinover:

“Mas enquanto no direito inglês o *‘due process of law’* não vinculava o Poder Legislativo, em face do princípio da supremacia do Parlamento, as colônias da América do Norte conferem ao princípio maior extensão, por vincular todos os poderes do Estado. Do período revolucionário, a cláusula passa ao direito federal como V Emenda constitucional: *‘No person shall be... deprived of life, liberty or property without due process of law’* .

Mas, o *‘Bill of Rights’* protegia as liberdades individuais apenas contra lesões de órgãos federais: sentiu-se mais tarde a necessidade de confiar aos mesmos órgãos federais a garantia dos indivíduos contra abusos praticados pelo poder estadual. Nova emenda, nesse sentido, incorporou-se em **1868** à constituição, sob o número XIV.

E através de interpretação evolutiva da cláusula – tida, inicialmente, como garantia de legalidade; depois, como garantia de um processo segundo a *‘common law’*; e posteriormente ainda, como garantia de justiça -, a XIV Emenda representa hoje um dos elementos fundamentais do

sistema constitucional estado-unidense.”⁴⁹

Por costume e por lei o devido processo se tornou uma garantia de direitos criminais e também de direito civil. Muita importância foi dada pela Suprema Corte Americana em proteções processuais na administração da justiça criminal em tribunais federais e estaduais. O “devido processo” objetivou incluir, entre outras coisas, providência para assegurar a qualquer pessoa o direito de ser acusado de forma justa e pública diante de um tribunal competente (princípio do juiz natural), o direito para estar presente ao julgamento, e o direito a ser ouvido nele ou de exercer sua própria defesa, crimes tipificados em lei e não ao alvitre dos monarcas, limitação a cobrança de tributos somente para propósitos de interesse público, a garantia de que a propriedade só pode ser tirada pelo governo para uso público e que os seus donos sejam compensados razoavelmente.

A exigência mais ampla da cláusula do devido processo consistia em não permitir que nenhum Estado privasse qualquer pessoa do direito a vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal. Era preciso que fossem respeitados os procedimentos antes de privar os indivíduos destes direitos. A Suprema Corte Americana adotando interpretação mais literal, exigia que os indivíduos demonstrassem que o

⁴⁹ Ada Pellegrini Grinover. Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil. p. 10-11.

interesse deles em questão era sobre a vida, a liberdade, ou a propriedade. Caso não entrassem em uma dessas três categorias, não importava o quão importante fosse, não qualificava para proteção.

Todavia, conforme mencionado anteriormente, no direito americano o devido processo legal é trabalhado e aperfeiçoado ganhando maior amplitude de interpretação. Neste sentido assinala Humberto Theodoro Júnior que:

“Consolidou-se no constitucionalismo norte-americano a garantia fundamental de que o *judicial control* é a garantia maior, na democracia, para o indivíduo contra todo e qualquer desmando dos titulares do poder. E nesse contexto de direito constitucional, a pedra de toque da garantia jurisdicional se situa no princípio do devido processo legal.

Nessa ordem de idéias, o constitucionalismo norte-americano não se limitou mais a exigir do Estado que assegurasse um processo devidamente ordenado. As próprias regras de direito material a serem aplicadas deveriam ser razoáveis, não arbitrárias, nem caprichosas, cabendo aos magistrados e legisladores a adoção de meios que tivessem um ‘real e substancial nexó com o objetivo que se tenciona atingir’, segundo o atestado da Suprema Corte, transmitido pela lição de **OLIVER HOLMES**.”⁵⁰ (sic).

Fica evidenciada a evolução do *due process of law*, no

⁵⁰ Humberto Theodoro Júnior, Livro de Estudos Jurídicos. p. 111-112. Ver também, Nagib Slaibi Filho, ‘Anotações à Constituição de 1988’, Rio, Forense, 1989, p. 215.

direito americano que lhe deu mais amplitude passando a ser admitido também em sua dimensão substantiva. Desta forma, além de ser utilizado como garantia processual penal e civil de um processo justo, serve como instrumento para limitação do próprio mérito das decisões estatais. Resta contudo observar aqui a dificuldade de determinar o seu conteúdo. Neste sentido relata Justice Harlan, da Suprema Corte:

“‘Devido processo’ não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada.”⁵¹

Anna Cândida da Cunha Ferraz escreve que:

“Talvez nenhuma outra modalidade de processo de mutação constitucional, por via de interpretação constitucional, seja tão significativa como a chamada *constitucional construction*, desenvolvida originariamente na Corte Suprema Norte-Americana e depois assimilada por vários sistemas constitucionais.

Indubitavelmente, foi graças à construção judicial que a Constituição Americana deu abrigo a novas doutrinas, novos

⁵¹ Voto proferido em *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

princípios, permitindo verdadeiras revisões do texto sem qualquer alteração da forma constitucional, o que levou Charles Evans Hughes, Presidente da Corte Suprema norte-americana, a afirmar, enfaticamente, ‘Vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que os Juízes dizem que ela é.’”⁵²

Ressalta ainda Anna Cândida da Cunha Ferraz que:

“Dentre as construções constitucionais da Corte Suprema que provocaram inegável mutação constitucional são citadas, com freqüência, pela doutrina pátria e estrangeira, a *construction* do *judicial review*, na famosa decisão proferida por John Marshall, em 1803, no caso *Marbury x Madison*, a doutrina da proteção dos direitos individuais, principalmente em matéria de garantias processuais, formulada em torno da cláusula do *due process of law*, assegurada pela Emenda XIV, a qual, segundo Corwin, ao lado da Cláusula do comércio, são atualmente a maior fonte de jurisdição da Corte Suprema.”⁵³

Anota Aduauto Suannes que:

“A história do *due process of law*, notadamente no seu aspecto garantístico, confunde-se com a própria história do sistema jurídico norte-americano, pois, com a vinda para o novo continente dos colonizadores ingleses, muito da *commow Law* foi por eles trazido e buscado implantar na

⁵² Anna Cândida da Cunha Ferraz. *Ibidem.*, p. 134-135.

⁵³ Anna Cândida da Cunha Ferraz. *Ibidem.*, p. 135.

terra que estavam colonizando.”⁵⁴

Importante ressalva faz Ada Pellegrini Grinover⁵⁵ ao mencionar que a cláusula do devido processo legal sofreu grandes influências dos jusnaturalistas, interpretada como uma garantia do direito a um processo que se inspirasse em princípios universais e superiores de justiça. É inquestionável a importância da atuação da Corte Americana ao atribuir conteúdo concreto às cláusulas e conceitos vagos e indeterminados da Constituição criando legado rico de jurisprudência que inspirou o direito de diversos países.

⁵⁴ Adatao Suannes. *Ibidem.*, p. 106.

⁵⁵ Ada Pellegrini Grinover. *As Garantias Constitucionais do direito de ação*. p. 215.

2.1 INTERPRETAÇÕES DO PRINCÍPIO DO *DUE* *PROCESS*

Após a Guerra da Secessão,⁵⁶ os Estados Unidos experimentaram um acelerado desenvolvimento econômico, acabando por prevalecer, naquele momento histórico, os princípios da livre iniciativa e do “*laissez faire*”. Com a presença de um capitalismo acentuado encerra-se a mão de obra escrava e passa a ser garantido o trabalho livre. Visando a impedir a volta da escravidão nos Estados com essa tradição, o Congresso americano edita a 14ª Emenda, *in verbis*:

“Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os

⁵⁶ Civil Norte-americana, Guerra, conflito militar ocorrido de 1861 a 1865 entre os Estados Unidos (a União) e onze estados sulistas secessionistas organizados como os Estados Confederados da América (a Confederação Sulista). No sul, esse conflito é conhecido também pelo nome de guerra entre os Estados. Outra denominação popular é Guerra de Secessão. Confederação dos Estados da América, nome adotado pela federação de onze estados escravistas do sul dos Estados Unidos que se separaram da União e se aliaram para lutar contra o governo federal durante a Guerra Civil. A assembléia da Carolina do Sul se reuniu quando Abraham Lincoln se elegeu presidente e por unanimidade decidiu abandonar a União, em uma sessão realizada em dezembro de 1860. Posteriormente, os estados do Mississípi, Flórida, Alabama, Geórgia, Louisiana e Texas aprovaram seus respectivos decretos de secessão. A Guerra Civil foi o ponto culminante de quatro décadas nas quais se consolidaram profundas e arraigadas diferenças econômicas, sociais e políticas entre os estados do norte e do sul. O sul, eminentemente agrícola, produzia excelentes colheitas de algodão, tabaco e cana-de-açúcar que exportava para os estados do norte ou para a Europa, mas dependia do norte para obter máquinas e investimentos financeiros e comerciais necessários para o seu desenvolvimento. Sublinhando as diferenças regionais, a mão-de-obra no sul englobava quase quatro milhões de escravos negros. Embora os plantadores escravistas representassem uma pequena minoria da população, dominavam a política e a sociedade sulistas. Em última instância, os estados do sul foram à guerra basicamente para defender o direito de manter a escravidão. A guerra reforçou a questão da manutenção da União; descreditou a doutrina da secessão e, a partir de 1865, os estados encontraram outras formas de mostrar suas diferenças. A guerra ampliou a autoridade do governo federal, que exerceria uma jurisdição e poderes mais amplos do que em qualquer outro momento na história do país. Finalmente, a Guerra Civil norte-americana representou a liberdade para quase quatro milhões de negros. O processo pelo qual a Confederação voltou a fazer parte da União, uma vez acabada a guerra, foi chamado de Reconstrução. Em 1869, a Corte Suprema dos Estados Unidos declarou inconstitucional a secessão. "Civil Norte-americana, Guerra, Confederação dos Estados da América," *Enciclopédia® Microsoft® Encarta*. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.”

Conforme registra Virgílio Campos,

“A matéria já estava contida na 5ª Emenda, dirigida ao Governo Federal, e cuja substância sempre foi entendida, pelos próprios doutrinadores americanos, como sendo de caráter eminentemente processual. A novidade da 14ª Emenda consistia no fato de ser especificamente dirigida aos Estados no sentido de ‘proibir-lhes a feitura de quaisquer leis’ que ferissem referidos privilégios processuais. Procurava-se, claramente, evitar a discriminação e segregação dos ex-escravos pelos antigos Estados Escravagistas, por meio de leis que lhes retirassem os direitos processuais comuns aos demais cidadãos, transformando-os em párias ou cidadãos de 2ª Classe.”⁵⁷

Sobre o assunto escreve Leda Boechat Rodrigues que:

“A cláusula do *due process of law*, inserida na 5ª Emenda, dirigindo-se ao governo nacional, e na 14ª Emenda, dirigindo-se aos Estados, equivalia, na história constitucional da Inglaterra, à *law of the land*, ou lei do país, sendo garantia de ordem processual e não de fundo. A 14ª Emenda, adotada em 1868, visando, precipuamente, proteger os direitos civis

⁵⁷ Virgílio Campos. *Ibidem*.

dos negros, considerou cidadãs todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição.”⁵⁸

Importante também a Lei dos Direitos Civis (1964) do Congresso Americano, promulgada pelo Presidente Johnson, assinada em 2 de julho, destinada a eliminar a discriminação racial no registro dos eleitores, nas acomodações públicas, na educação e no emprego⁵⁹. Dispunha que “todas as pessoas dentro dos Estados Unidos teriam direito a tratamento igual e completo nas acomodações de hotéis, teatros e outros lugares públicos, sem distinção de raça ou cor”.

Considerada como complemento da 14ª Emenda, esta lei que sobreviveu a uma pesada oposição e a longos debates no Congresso foi também extremamente combatida pelos donos de comércios e hotéis, que apoiados pelos Estados do Sul argüiram a sua constitucionalidade. No entendimento deles, ela confiscava o direito de disporem de suas propriedades, isto sem o devido processo legal, que era garantido pela própria 14ª Emenda.

Anteriormente, a Suprema Corte Americana no célebre caso “Dred Scott”, havia se manifestado declarando que “um negro não era uma pessoa, mas uma coisa”. Todavia não entrou no mérito sobre a questão de

⁵⁸ Leda Boechat Rodrigues. A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano, 1ª Ed. p. 92-93.

⁵⁹ Harold C. Syrett. (org.). Documentos Históricos dos Estados Unidos. p. 337.

raça e cor, declarando a inconstitucionalidade da Lei de Direitos Civis⁶⁰ por entender que a competência legislativa neste caso era Estadual e não Federal. Diante disso os Estados do Sul promulgaram as chamadas “*Leis Jim Crow*” instaurando a mais completa segregação dos negros. Tais leis foram consideradas “constitucionais” porque do contrário seria admitir a “expropriação da propriedade sem o *devido processo legal*, garantido na 14^a Emenda.”⁶¹

Com o desenfreado avanço dos EUA na área econômica e a conseqüente necessidade de atender a novas demandas que surgiam de natureza sócio-econômica a Corte, conforme menciona Virgílio Campos, passou a interpretar a

“legislação sob o prisma ideológico de um ‘*laissez faire*’ sem freios ou limites, abrindo, ao desenvolvimento do capitalismo e à ação dos homens de negócios e das grandes empresas, um campo de atuação absolutamente livre do qual não haviam jamais desfrutado em qualquer lugar do mundo, nem mesmo na Inglaterra, mãe do sistema econômico que a Corte Suprema iria agora procurar levar às últimas conseqüências.”⁶²

Observa ainda Virgilio Campos que:

⁶⁰ Lei dos Direitos Civis (1875), do Congresso Nacional, que proibia a discriminação racial em lugares públicos. Foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal em 1883, sob a alegação de que a Décima Quarta Emenda não proibia os atos discriminatórios praticados por indivíduos particulares, mas apenas os praticados pelos Estados. Harold C. Syrett. (org.). *Ibidem.*, p. 226.

⁶¹ Virgílio Campos. *Ibidem.*

⁶² Virgilio Campos. *Ibidem.*

“a partir daí a Corte passou a declarar inconstitucionais, por ferirem o *due process*, leis que proibiam o trabalho infantil nas minas de carvão e o trabalho noturno de crianças e mulheres grávidas; as leis que fixavam a jornada mínima de trabalho diário e semanal; as que criavam o salário mínimo, garantiam o direito de greve ou proibiam a demissão de operários sindicalizados. Enfim, toda a legislação de natureza econômica e social que prejudicasse os interesses da plutocracia americana foi declarada inconstitucional porque, segundo a Corte, violava a cláusula do ‘devido processo legal.’”⁶³

Nem a lei do Imposto de Renda escapou da decisão de inconstitucionalidade pela Suprema Corte americana, por ferir a 14^a Emenda Constitucional.

Leda Boechat Rodrigues registra que:

“Por meio de amplíssima construção constitucional, baseada, sobretudo na interpretação da 14^a Emenda, transformou-se a Corte em árbitro não só da vida jurídica, mas das próprias diretrizes políticas nacionais, ao dar solução judicial a questões ‘não só morfológica como substancialmente políticas’, segundo observação de Pontes de Miranda. Colocando-se na posição de declaradores de um Direito Natural acima da própria Constituição, os juízes daquele tribunal passaram a julgar da superconstitucionalidade das leis, em vez de limitar-se a

⁶³ Virgílio Campos. *Ibidem*.

dizer de sua simples constitucionalidade ou da competência do legislador, sob o império da Constituição, para adotar tal ou qual medida. As leis não eram mais declaradas inválidas, em sua maioria, por incompatibilidade com os textos da Constituição e os processos por ela estabelecidos, mas com os grandes princípios superiores à mesma. O principal resultado desse controle da superconstitucionalidade das leis pela Corte Suprema, nessa fase, foi emancipá-la do documento constitucional, pois ela não se limitava a aplicar regras legais estritas às questões constitucionais, mas agia como um departamento político com poderes de governo.”⁶⁴

Sobre a posição adotada pela Suprema Corte assinalou o Juiz Oliver Wendell Holmes, um dos mais notáveis juristas da *common law* em todos os tempos, que a Corte havia descoberto na 14ª Emenda o que nem mesmo os legisladores haviam descoberto, ou seja, a doutrina sócio-econômica do *laissez faire* e a *estática social* de Herbert Spencer.⁶⁵

Virgílio Campos ressalta que:

“era necessário disfarçar o cinismo político com algum tipo de ‘justificação jurídica’ que obtivesse foros de ‘doutrina’. Assim, o ‘direito adjetivo’ constante da 14ª Emenda, e que consistia na garantia de que uma *Pena*, consistente na perda

⁶⁴ Leda Boechat Rodrigues, *Ibidem.*, p. 100-101.

⁶⁵ Spencer, Herbert (1820-1903), teórico social inglês, um dos primeiros sociólogos que, partindo de uma perspectiva evolucionista, pesquisou a mobilidade social. Sua teoria, hoje desacreditada, afirmava que os riscos orgânicos adquiridos eram hereditários. As teorias de Lamark sobre a evolução influíram profundamente em seus estudos. Suas obras mais importantes são *Social Statics* (1851; A estática social) e *The Principles of Ethics* (1892-1893; Princípios da Ética). Enciclopédia® Microsoft® Encarta. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

de certos direitos substantivos garantidos em outros dispositivos da Constituição, somente seria *aplicada* por um *Tribunal* por meio de um *Julgamento Justo realizado conforme a Lei*, e que era proibido aos Estados fazerem leis que violassem tal Direito, foi transformado em ‘direito substantivo’, e portanto universalizado, ou seja: *o comando não se dirigia somente aos tribunais mas a todo e qualquer órgão governamental, visto tratar-se de ‘direito substantivo.’*”⁶⁶

Durante muitos anos o devido processo legal foi interpretado somente como direito a um processo disciplinado. No séc. XVII, o conceito de “*law of the land*” evolui passando a identificar-se com a tutela da “*common law*”, com *Blackstone*. No século XVIII, o art. 39, da Magna Carta, transforma-se na garantia fundamental do processo inglês.

Registra Ada Pellegrini Grinover que:

“Depois de três séculos de interpretação da cláusula como direito a um ‘*ordely proceedings*’, inicia-se no séc. XVII, por obra de Coke, a evolução do conceito de ‘*law of the land*’ (considerado sinônimo de ‘*due process of law*’), que culminará por identificar-se com a tutela da ‘*common law*’, com *Blackstone*. E o art. 39 da Magna Carta, com as influências do pensamento do séc. XVIII, transforma-se na garantia fundamental do processo inglês.”⁶⁷

⁶⁶ Virgílio Campos. *Ibidem*.

⁶⁷ Ada Pellegrini Grinover. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. p. 9-10.

É importante destacar que no direito inglês vigorava o princípio da supremacia do Parlamento, por esse motivo o “*due process of law*” não vinculava o Poder Legislativo. Isto não ocorre com as colônias da América do Norte que dão ao princípio interpretação mais ampla, vinculando todos os poderes do Estado.

Conforme escreve Livio Paladin⁶⁸:

“Foi através da exacerbação do sentido substancial da cláusula, a garantir o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e de propriedade, que se chegou a julgamentos extremos, que caracterizaram o Supremo Americano à época do ‘*New Deal*’.⁶⁹ Abandonados tais excessos, a partir da crise de 1936/1937, não mais subsiste a crítica que se moveu à orientação da Corte, que transformara a XIV Emenda, de tutela da igualdade e da liberdade, em garantia do liberalismo⁷⁰ econômico.”⁷¹

⁶⁸ Prof. da Università di Padova, Presidente Emerito della Corte Costituzionale Livio Paladin, nascido em Trieste-Itália, em 1933, morreu em Padova-Itália, em 2000. Foi o décimo segundo presidente da Corte Constitucional, de julho de 1985 a junho de 1986, e ministro nos governo de Fanfani e no governo de Ciampi em 1993.

⁶⁹ New Deal (Nova Distribuição), nome que recebeu a política aplicada nos Estados Unidos pelo presidente Franklin Delano Roosevelt em 1933. Essas medidas inovadoras adotadas de 1933 a 1938 tinham como objetivo minimizar os efeitos da Grande Depressão (1929). Tanto Roosevelt como o Congresso dos Estados Unidos aprovaram um programa de medidas econômicas e foram criados novos organismos federais para tentar reduzir o desemprego e restabelecer a prosperidade mediante uma série de novos serviços, regulamentos e subsídios. Foi formulado com a ajuda do denominado Brain Trust (gabinete de especialistas que assessorou o presidente em questões econômicas). *Enciclopédia® Microsoft® Encarta*. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

⁷⁰ Liberalismo, atitude, filosofia ou movimento que tem como eixo principal o desenvolvimento da liberdade pessoal e do progresso da sociedade. Atualmente, os objetivos do liberalismo e da democracia são tidos como convergentes, mas, no passado, muitos liberais tinham pouco apreço pela democracia, já que nesse regime político as massas participam ativamente da vida política. No entanto, o liberalismo acabou por confundir-se com movimentos que pretendiam transformar a ordem social através do aprofundamento da democracia. Portanto, é preciso diferenciar o liberalismo, para o qual a mudança social se dá de modo gradual, flexível e adaptável, e o radicalismo, para o qual a mudança social é algo

Atualmente, não se consubstancia somente em tutela processual ao processo judicial e procedimento administrativo, mas também, em tutela substancial. Quando se desrespeita bens como a vida, a propriedade, a liberdade de reunião, de associação, de religião, de expressão artística, entre outros, violam-se valores expressos e implícitos tutelados pelo Estado, como direitos e garantias fundamentais garantidos pelo princípio *substantive due process of law*.

2.2 FASES DO SUBSTANTIVE PROCESS

Nos Estados Unidos assim como na Inglaterra a expressão “*law of the land*” tinha como escopo a proteção de direitos do indivíduo, voltada principalmente para garantias processuais. A construção jurisprudencial da Corte Americana passa a admitir inclusive o controle dos atos do Legislativo pelo Judiciário. Conforme mencionado anteriormente o mesmo não ocorria na Inglaterra onde a aplicação do devido processo legal era restrita. O Parlamento Inglês era tido como um órgão supremo, soberano, não podendo por isso ser submetido a qualquer tipo de limitação. As leis eram soberanas por serem a expressão de um órgão soberano.

fundamental, que deve se realizar através de diferentes princípios de autoridade. "Liberalismo". *Enciclopédia® Microsoft® Encarta*. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

⁷¹ Livio Paladin, *Il Principio Costituzionale di Eguaglianza*, 1965, Milano, p. 125 e 127.

A doutrina identifica **três fases**⁷² que levaram ao reconhecimento da aplicação **substantiva do devido processo legal**, conforme assinala Luís Roberto Barroso:

“O reconhecimento desta dimensão substantiva do devido processo legal passou por três fases distintas e de certa forma cíclicas, que incluem (a) sua ascensão e consolidação, do final do século XIX até a década de 30; (b) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; (c) seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren. Presentemente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o ativismo judicial - isto é, a intervenção dos tribunais no mérito de certas valorações legislativas e administrativas -, que se manifestava destacadamente pelo uso substantivo da cláusula do devido processo legal, vive um momento de refluxo.”⁷³

A **primeira fase** do devido processo legal substantivo somente começou a ser desenhada no final do século XIX, como um

⁷² Convém ressaltar aqui que conforme colocado por Clémerson Merlin Clève, também o debate relativo ao papel do Poder Judiciário, nos Estados Unidos pode ser dividido em três períodos: “o **primeiro**, surge por ocasião do nascimento do controle da constitucionalidade em 1803, com Marshall. No **segundo**, veremos essas discussões, no início do presente século, chegando num momento em que, em 1937 na Presidência de Franklin Roosevelt, resolve a Suprema Corte pela não interferência do Poder Judiciário nas políticas sociais do Governo. E, **finalmente**, esse debate remanesce a partir das décadas de 60 e 70 com a Corte Warren Burger tendo se aprofundado com o fato do presidente Richard Nixon, em 1971, suscitar a nomeação de Robert Bork para a Suprema Corte. O Presidente Nixon tinha a intenção de nomear alguém que defendesse o retorno às técnicas originalistas de interpretação constitucional, criticando, portanto, o elastecimento do papel da Suprema Corte com Warren Burger. Essa discussão foi levada às universidades, envolvendo um dos mais eminentes filósofos e constitucionalistas americanos: Ronald Dworkin.” Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, XIX, out/1998, São Paulo. 10 anos de Constituição: uma Análise. Coordenação Instituto Brasileiro de Direito Constitucional - IBDC, São Paulo: Celso Bastos Editor. 1998. p. 41-42.

⁷³ Luís Roberto Barroso. Interpretação e Aplicação da Constituição. p. 211-215.

instrumento de se reagir à intervenção estatal na ordem econômica. Registra Augusto do Amaral Dergint:⁷⁴

“Por cerca de cem anos (até 1895) o ‘devido processo legal’ mantém, no Direito norte-americano, seu significado tradicional, antes de tudo processual, tutelando direitos de liberdade contra procedimentos irregulares ou manifestamente únicos da parte do Executivo e do Judiciário (especialmente na esfera penal).

Nesse período, porém, dando à cláusula o significado de proteção de direitos substantivos, houve decisão da Suprema Corte norte-americana julgando inconstitucional uma lei do Congresso (a seção 8ª do *Missouri Compromise Act*, de 1850) que proibira a escravidão nos territórios.”⁷⁵

Na **segunda fase**, no último vintênio do século XIX, “a pretexto de preservar o regime econômico calcado na livre iniciativa, foram invalidados os primeiros exemplares da legislação intervencionista contemporânea.”⁷⁶

Diversos Estados americanos, com o intuito de garantir o bem estar, editaram nesta época leis de caráter social para proteger os trabalhadores, controlar os monopólios que existiam e para tutelar interesses sociais diversos, porém, a força do pensamento liberal do *laissez faire*, que

⁷⁴ Augusto do Amaral Dergint. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná.

⁷⁵ Augusto do Amaral Dergint. Aspecto material do devido processo legal. p. 251.

⁷⁶ Augusto do Amaral Dergint. *Ibidem.*, p. 251.

tinha como premissa que o Estado deveria interferir cada vez menos nos negócios privados, para que estes se desenvolvessem, influenciou a Suprema Corte Americana que aplicando o *substantive due process* invalidou, por inconstitucional, lei estadual que impedia a contratação de seguros de bens aos que residiam em Louisiana, com empresas que não fossem do próprio Estado⁷⁷.

Este período ficou simbolizado pela decisão proferida no famoso caso *Lochner v. New York*, em 1905, onde, em nome da liberdade de contrato, a Suprema Corte americana, considerou inconstitucional uma lei de New York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros⁷⁸ em 10 horas diárias e 60 horas semanais. O seu descumprimento cominava numa sanção criminal. A Suprema Corte americana entendeu que o Poder Público não podia interferir na liberdade de contratar a duração da jornada de trabalho, direito garantido aos empregados e empregadores pelo devido processo legal. Sob o mesmo fundamento, foram invalidadas inúmeras outras leis, inclusive a que estabelecia salário mínimo para mulheres.⁷⁹

Conforme assinala Augusto do Amaral Dergint:

⁷⁷ *Allgeyer vs. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897).

⁷⁸ 198 U.S. 45 (1905). V., neste sentido, Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 212.

⁷⁹ V., caso, *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923). Decisão do Supremo Tribunal, segundo a qual uma lei federal de salário mínimo transgredia uma cláusula da Quinta Emenda. (Foi revogada em 1937 pela sentença proferida no caso do *West Coast Hotel v. Parrish*.) Discordando, Holmes disse que "Todas as lei consistem, mais ou menos, em proibir os homens de fazer alguma coisa que eles querem fazer, e o contrato não está menos sujeito à lei do que outros atos." Harold C. Syrett. (org.). *Ibidem.*, p. 280.

“Não raramente, estas leis contrastavam com a nova interpretação da cláusula do ‘devido processo legal’, enquanto privavam o empregador do pleno e livre gozo da propriedade. Desta forma, esta disposição destinada a proteger os indivíduos de eventuais abusos por parte do Estado, foi freqüentemente invocada para justificar abusos daqueles que detinham o poder econômico.”⁸⁰

Cabe aqui ressaltar o que ensina Ronald Dworkin em sua obra “Los derechos en serio”, citado por Clèmerson Merlin Clève:

“Dworkin afirma que é necessário que a Suprema Corte, ao interpretar a Constituição, tenha o controle da atuação normativa do Poder Público, especialmente, porque as Constituições não trazem em seu bojo simplesmente normas, mas também, princípios. Pode-se dizer que os princípios são estandartes de justiça, que por serem otimizados, permitem uma abertura na tarefa da interpretação. Dworkin faz ainda uma distinção entre ‘conceito’ e ‘concepção’, dizendo que na Constituição encontram-se conceitos estabelecidos por meio de concepções. Ora, não podemos congelar a Constituição a partir de concepções. É preciso atualizar os conceitos que nela estão plasmados. Aliás, este é o papel do Poder Judiciário, o de atualizar a Constituição, especialmente, a partir da manipulação desses princípios que, vale frisar, são estandartes de justiça.”⁸¹

⁸⁰ Augusto do Amaral Dergint. *Ibidem.*, p. 251.

⁸¹ 10 anos de Constituição. *Ibidem.*, p. 42.

Este período ficou conhecido como a era *Lochner*⁸² em referência ao já mencionado caso *Lochner v. Nova York*. Porém, conforme adverte Luis Roberto Barroso, sua “superação se deu pelo advento do *New Deal*, após a crise de 1929”⁸³. Eleito em 1932, o Presidente Franklin Roosevelt deu início à edição de ampla legislação social e de intervenção no domínio econômico. Três anos depois, em 1935, a Suprema Corte ainda fiel à doutrina *Lochner* e hostil ao intervencionismo estatal, recebe a contestação de diversos casos sobre esta legislação intervencionista, que passou a invalidar mesmo sendo ela muito importante para o plano de recuperação econômica. Neste ano, ao julgar o caso *Schechter Poultry Corp. v. United States*⁸⁴, a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei Nacional de Recuperação Industrial⁸⁵, de 1933, reputada essencial para a continuidade da ação governamental, e que continha normas sobre concorrência desleal, preços e salários, jornada de trabalho e negociações coletivas.

Estas decisões deixam o Presidente dos Estados Unidos indignado causando um desgaste entre os Poderes. O Presidente Franklin

⁸² *Lochner*, dono de uma padaria, condenado a pena privativa de liberdade.

⁸³ Luis Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 213.

⁸⁴ *Schechter Poultry Corporation v. Estados Unidos* (1935). Decisão unânime do Supremo Tribunal de que a Lei Nacional de Recuperação Industrial era inconstitucional por estender suas regulamentações ao comércio interestadual. Harold C. Syrett. (org.). *Ibidem.*, p. 296.

⁸⁵ Lei Nacional de Recuperação Industrial, de 16.06.1933. A abordagem feita pelo *New Deal* dos problemas oriundos da depressão era pragmática; a administração mostrava-se disposta a tentar praticamente qualquer meio ou plano que encerrasse alguma promessa de reviver a economia. A Lei Nacional de Recuperação Industrial foi a mais abrangente de todas as medidas de recuperação do *New Deal*, pois tocava virtualmente todas as fases da economia. Em 1935, o Supremo Tribunal decidiu unanimemente (*Schechter Poultry Corporation v. Estados Unidos*) que a NIRA (National Industrial Recovery Act) era inconstitucional. Harold C. Syrett. (org.). *Ibidem.*, p. 292-293.

Roosevelt⁸⁶ é reeleito em 1936 e com o objetivo de pressionar a Suprema Corte americana e obter a maioria naquela casa, envia ao Congresso Nacional uma mensagem legislativa⁸⁷ modificando a composição da Suprema Corte, pretensão negada pelo Congresso Nacional. Esses acontecimentos refletem sobre a Suprema Corte que muda a sua postura deixando de examinar o mérito das normas de cunho econômico, decretando o declínio do devido processo legal substantivo⁸⁸.

Sobre estes fatos escreve Anna Cândida da Cunha Ferraz:

“no período presidencial de Franklin Delano Roosevelt e sua política do *New Deal*, a Corte Suprema, após fulminar, por inconstitucionalidade, cerca de cinquenta textos de leis, diante da reação do Congresso e do Presidente, que culminou com a tentativa de modificação da composição da Corte, reformou sua jurisprudência anterior relativamente às medidas sociais constantes da política do *New Deal*,

⁸⁶ Roosevelt, Franklin Delano (1882-1945), presidente dos Estados Unidos (1933-1945), o único a ser eleito quatro vezes consecutivas. Membro do Partido Democrata. Seu programa, conhecido como *New Deal*, formulado para combater os efeitos da Grande Depressão, fez do governo federal dos Estados Unidos um instrumento ativo de mudança econômica e social, tirando-o do papel passivo que costumava desempenhar diante das situações de crise. Além das medidas de urgência, como a criação da *Work Progress Administration* (Agência para a Melhoria do Trabalho), o *New Deal* procurou soluções a longo prazo para os problemas derivados da I Guerra Mundial. Durante a II Guerra Mundial, fez acordos com os aliados para derrotar as potências do Eixo. Embora a Coalizão do *New Deal* tenha permanecido durante muito tempo após sua morte, o seu objetivo de manter a paz mediante a criação da Organização das Nações Unidas tornou-se inviável com o surgimento da Guerra fria. Enciclopédia® Microsoft® Encarta. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

⁸⁷ A lei proposta consistia no seguinte: para cada juiz da Suprema Corte com idade superior a 70 anos e que estivesse exercendo a judicatura há mais de 10, poderia o Presidente nomear um novo, desde que o número total de ministros não excedesse de 15. Conhecida como *court-packing plan*. Sobre este tema, ver William H. Rehnquist, *The Supreme Court: How it was, How it is*, 1989, p. 215 e ss. *apud*. Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 213.

⁸⁸ Um dos marcos da superação da era *Lochner* foi o julgamento de *West Coast v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), onde a corte, revertendo decisão anterior em *Adkins v. Children's Hospital* (v. supra), considerou constitucional lei estadual que estabelecia salário mínimo para mulheres. Neste sentido, Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 213.

operando verdadeira revolução judicial e, nesse recuo, provou, mais uma vez, a capacidade ‘de adaptação do sistema constitucional americano às exigências da realidade política, econômica e psico-social.’”⁸⁹

A **terceira fase** caracteriza-se pela distinção do devido processo legal substantivo no contexto econômico e não econômico. Registra Augusto do Amaral Dergint que:

“Com a consagração do Estado Social e a retratação da ingerência judicial nos domínios econômico e social, o ‘devido processo legal’, numa terceira fase (que se estende até os dias atuais), trilha novos caminhos exegéticos, restringindo-se sua aplicação, cada vez mais, a *non economic matters* (matérias não-econômicas)”⁹⁰.

Conforme sustenta Luís Roberto Barroso, nesta fase,

“no tocante às liberdades pessoais, inclusive e especialmente quanto à proteção das minorias, o intervencionismo judicial continuava a ser indispensável. Estes direitos e liberdades não-econômicos, que incluem a liberdade de expressão, de religião, bem como direitos de participação política e de privacidade, muitos deles não decorrentes expressamente do texto, foram a tônica do constitucionalismo americano das últimas décadas. Decisões polêmicas na área da igualdade

⁸⁹ Anna Cândida da Cunha Ferraz. *Ibidem.*, p. 132-133.

⁹⁰ Augusto do Amaral Dergint. *Ibidem.*, p. 251.

racial, como *Brown v. Board of Education*⁹¹, dos direitos políticos, como *Reynolds v. Sims*⁹², e de processo penal, como *Miranda v. Arizona*⁹³, fizeram deste período um dos mais ‘portentosos e tumultuados’ da história da Corte.”⁹⁴

Verifica-se, na terceira fase do devido processo legal, a sua utilização como instrumento de controle contra a intervenção do Estado nos direitos individuais, como a privacidade, intimidade, liberdade etc. Registra Augusto do Amaral Dergint:

“O ‘devido processo legal’ passa a servir, então, como instrumento de controle das invasões estatais nas faculdades essenciais ao exercício da personalidade humana e da cidadania: liberdade de pensamento e de opinião, direito à informação, liberdade de imprensa, de religião, direito das minorias, liberdade de participação política, direito de votar e ser votado, direito de representar e fiscalizar os atos do Poder Público etc.”⁹⁵

Ada Pellegrini Grinover destaca a evolução deste princípio no Direito norte-americano:

“Do conteúdo clássico do *due process of law*, como

⁹¹ *Brown v. Conselho de Educação de Topeka*, de 17.05.1954. Este foi um dos vários casos que envolveram a segregação racial em escolas públicas e que foram examinados pelo Supremo Tribunal durante mais de dois anos de debates, pesquisas e considerações. A decisão unânime do tribunal de que a segregação de alunos de escolas públicas em virtude da raça era inconstitucional anulou a doutrina dos ‘separados mas iguais’, estabelecida pela sentença proferida no caso de *Plessy v. Ferguson*. Harold C. Syrett, (org.). *Ibidem.*, p. 326.

⁹² 377 U.S. 533 (1964). *apud*. Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 213.

⁹³ 384 U.S. 436 (1966). *apud*. Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 213.

⁹⁴ Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 213.

⁹⁵ Augusto do Amaral Dergint. *Ibidem.*, p. 251.

garantia do réu, passa-se à proteção mais ampla, sem distinção entre *substance* e *procedure*. A cláusula transforma-se na garantia geral da ordem jurídica: judicial process não significa processo judicial, mas aplicação judicial da lei e, por extensão, interpretação judicial da norma. Assim, *due process of law* é, em sentido amplo, a garantia do ‘processo’ legislativo e também a garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição.

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 de direitos substanciais, mas se estende à garantia de que seu gozo não seja restringido de modo arbitrário ou desarrazoado.⁹⁶

Observa Carlos Roberto de Siqueira Castro que:

“A rigor, o aproveitamento da cláusula *due process of law* no contexto dos direitos fundamentais ‘não econômicos’ já ensaiara seus primeiros passos nos anos 20, ainda em plena era *Lochner*, vez que a formulação dos *substantive due process* nesse precedente servira também para invalidar constrangimentos legislativos ao exercício de liberdades individuais ‘não econômicas.’”⁹⁷

O principal exemplo de julgado que se tem é o do conhecido

⁹⁶ Ada Pellegrini Grinover. A Garantia Constitucional do Direito de Ação. p. 35-36.

⁹⁷ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 71.

caso Meyer v. Nebraska, em 1923, em que a Suprema Corte americana reformou a decisão que condenou um professor por lecionar no idioma alemão violando lei estadual que proibia o ensino de criança em outra língua que não fosse o inglês. Nesta decisão resta clara a intenção de proteção do direito ao livre aprendizado e à livre informação, ambos “tutelados por via implícita pela garantia do devido processo legal, prevista em sua feição substantiva na 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos.”⁹⁸

Ainda nos anos 20, convém mencionar também o caso *Pierce v. Society of Sisters*, em 1925, onde a Suprema Corte americana “acolheu a impugnação de escolas privadas paroquiais contra a lei do Estado de Oregon, que obrigava as crianças em idade escolar a freqüentarem tão apenas as escolas públicas (*public schools*).”⁹⁹ Fica claro neste julgamento a intenção de garantir a liberdade dos pais de decidirem o que é melhor para educação de seus filhos.

Os casos solucionados com a aplicação do *substantive process law* que tiveram maior destaque foram *Griswold v. Connecticut*¹⁰⁰ e *Roe v. Wade*¹⁰¹, julgados respectivamente em 1965 e 1973. Nestes julgamentos a Suprema Corte reconhece o direito de privacidade, em que

⁹⁸ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 71-72.

⁹⁹ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 72.

¹⁰⁰ 381 U.S. 479 (1965). *apud.* Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 214.

¹⁰¹ 410 U.S. 113 (1973). *apud.* Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 214.

pese não se encontrar à época, previsto expressamente na Constituição americana, declarando inconstitucionais as leis estaduais que feriam tal direito. O argumento utilizado foi o de que “o direito à privacidade (*privacy*), tido como de sacrossanto valor no sistema de liberdades civis naquele país, pode ser inferido do direito à liberdade de manifestação de pensamento.”¹⁰²

Em *Griswold*, invalidou-se uma lei do Estado de Connecticut que incriminava o uso de pílula anticoncepcional ou qualquer outro artigo ou instrumento contraceptivo, punindo tanto quem consumisse como quem prescrevesse. Em *Roe*, a Corte considerou inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava o aborto, e não o admitia nem mesmo antes do terceiro mês de gravidez. Em seu voto, consignou o Juiz Blackmun:

“Este direito de privacidade..., decorra ele do conceito de liberdade pessoal da 14ª emenda, como me parece, ou dos direitos reservados previstos na 9ª emenda, é abrangente o suficiente para incluir a decisão de uma mulher sobre pôr fim ou não à sua gravidez.

(...) A lei do Texas é excessivamente abrangente. Ela não distingue entre abortos praticados no início da gravidez e os que são praticados mais adiante e o limita a uma única hipótese, que é a de 'salvar' a vida da mãe. Conseqüentemente, a lei não pode sobreviver ao presente

¹⁰² Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 73.

ataque...”¹⁰³

No caso Roe tratava-se de um julgamento em grau de apelação de uma mulher solteira e grávida chamada Jane Roe e o seu médico assistente, Dr. Hallford, que haviam sido acusados em um processo criminal pela prática de crime de aborto.

Conforme registra Carlos Roberto de Siqueira Castro:

“Pela maioria simples de seus membros, e com o voto em nome da Corte de autoria do Justice Blackmun, o Tribunal confirmou a decisão da Justiça estadual que absolvera os acusados, ao mesmo tempo em que declarou inconstitucional toda a legislação que punia criminalmente as práticas abortivas, com isso assegurando o direito insubtraível da mulher de decidir sobre ter ou não ter filho mediante a interrupção voluntária da gravidez. A rigor, o aresto reconheceu que o direito constitucional à privacidade era suficientemente amplo para abrigar essa decisão da mulher insub-rogável pelo Poder Público, muito embora sujeito a condições ditadas pela saúde pública.”¹⁰⁴

Este caso, em tese, colocou toda a legislação que criminalizava o aborto questionável frente à Constituição americana. Isto ensejou grande polêmica que ainda perdura até os dias atuais entre os defensores do direito ao aborto e os que são radicalmente contra esta

¹⁰³ 410 U.S. 113 (1973). *apud*. Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 214.

¹⁰⁴ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 74-75.

prática. Escreve Carlos Roberto de Siqueira Castro que:

“Nesse embate, contendem duas correntes da opinião pública e jurídica norte-americana, a saber, o grupo *Pro-Choice*, a favor do direito do aborto, e o grupo *Pro-life*, advogando o direito do nascituro de vir à luz e, por conseguinte, a revogação daquele precedente judicial que rege a matéria.”¹⁰⁵

Importante observação fez Luís Roberto Barroso ao registrar que:

“Todas as nomeações para a Suprema Corte nas últimas décadas de governos republicanos nos Estados Unidos foram marcadas pelo esforço de escolher ministros que rejeitassem o ativismo judicial deflagrado pela Corte Warren e estivessem dispostos a rever a decisão proferida em *Roe*. Ao longo dos anos, esta decisão foi abertamente questionada, mas jamais foi claramente reformada (*overruled*).”¹⁰⁶

A trajetória histórica da cláusula do devido processo legal e do princípio da razoabilidade no direito constitucional norte-americano, não permaneceu somente em território americano, transpôs fronteiras se espalhou pelo mundo, sendo aproveitada em diversos ordenamentos jurídicos que buscavam regras para estabelecer o equilíbrio entre o

¹⁰⁵ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 75-76.

¹⁰⁶ Um dos últimos julgamentos sobre o tema ocorreu em *Parenthood v. Casey*, 112 S. Ct. 2791 (1992), onde o voto majoritário, conquanto externando divergência quanto à decisão em *Roe*, questionou a própria legitimidade da Corte para reverter tal decisão. V. Morton J. Horowitz, Foreword: The Constitution of Change: Legal Fundamentality without Fundamentalism, in *Harvard Law Review* 107/30 (1993). *apud*. Luís Roberto Barroso. *op. cit.* p. 214.

exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos.

2.3 SENTIDO GENÉRICO DO *DUE PROCESS OF LAW*

No sentido genérico o devido processo legal se assenta no trinômio vida-liberdade-propriedade, constituindo-se em tutela a todos que sofrerem afronta a quaisquer desses bens da vida. Tem-se a proteção àqueles bens da vida no sentido mais amplo possível; não se trata, porém, de direito absoluto pela necessidade natural de adequação entre o interesse individual e o coletivo.

A Corte americana demonstrou grande sensibilidade na aplicação deste princípio nos conflitos de interesses em casos concretos submetidos a sua apreciação. Ronald D. Rotunda, citado por Nelson Nery Junior apresenta diversos exemplos do devido processo legal em sentido genérico, como, por exemplo:

“o caso *Loving*, pelo qual a corte invalidou a lei do Estado da Virgínia que proibia casamento de pessoas de raças diferentes (*antimiscegenation law*); o caso *Griswold*, pelo qual se invalidou lei estadual que proibia o uso de

contraceptivos por pessoas casadas.”¹⁰⁷

Nelson Nery cita também como exemplo relativo à aplicação do devido processo legal no seu sentido genérico o caso supramencionado de Meyer v Nebraska em 1923, quando:

“(…), a Suprema Corte americana decidiu ser inconstitucional a lei estadual que proibia o ensino em outra língua que não o inglês, incidindo a proibição tanto para as escolas públicas quanto as particulares. Meyer pretendia instituir aulas no idioma alemão. Por intermédio do juiz McReynolds a corte acolheu o alvitre de Meyer.

Pelo mesmo juiz McReynolds, a Suprema Corte americana, no caso Pierce v. Society of Sisters (1925), invalidou lei estadual que exigia que as crianças normais entre 8 e 16 anos somente fossem matriculadas em escolas públicas e proibia as escolas privadas e paroquiais de aceitá-las. A corte entendeu que essa lei não era razoável e interferia na liberdade dos pais e na propriedade das escolas.”¹⁰⁸

A proteção dos direitos dos estudantes pelo devido processo legal foi conferida no caso Goss v Lopez; onde o Tribunal considerou que o devido processo legal deveria ter sido respeitado, o que não ocorreu porque os estudantes antes de sofrerem suspensão temporária escolar por causa das

¹⁰⁷ Ronald D. Rotunda, *Modern Constitutional Law*. 2ª ed., Saint Paul. 1985, pp. 340, 341 e na mesma obra nº 8,3,4., pp. 610 e ss. *apud* Nelson Nery Junior. *Ibidem.*, p. 31.

¹⁰⁸ Nelson Nery Junior. *Ibidem.*, p. 32.

violações alegadas, não foram ouvidos primeiro pelos administradores da escola. Não puderam se defender.

No Direito norte-americano, como podemos perceber, o ‘devido processo legal’, mais do que uma garantia de ordem processual indica uma garantia de ordem material. Porém críticas crescentes surgiram à extensão dada ao *substantive due process* pela Suprema Corte americana, cujas decisões foram acusadas de serem orquestradas para demolir o sistema de leis.¹⁰⁹

Registra Nelson Nery:

“E foi neste sentido genérico, amplo que a locução vem expressamente adotada na CF de 1988 (art. 5º, nº LIV), que fala em proteção da liberdade dos bens, com nítida inspiração nas Emendas 5º e 14º à Constituição dos Estados Unidos.”¹¹⁰

Assim, parece que inspirado nas Emendas V e XIV à Constituição americana, o constituinte brasileiro de 1988, positivou no art. 5º, inciso LIV, a proteção da liberdade e dos bens de forma ampla e genérica.

Podemos extrair evidência clara do devido processo legal no sentido genérico do artigo 226, § 7º, da Constituição brasileira de 1988, que

¹⁰⁹ Augusto do Amaral Dergint. *Ibidem.*, p. 250-251.

¹¹⁰ Nelson Nery Junior. *Ibidem.*, p. 32.

assim dispõe: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. Este artigo nos faz recordar o rumoroso caso, *Skinner v. Oklahoma*, julgado em 1942, em que a Suprema Corte americana “invalidou a lei estadual (*Oklahoma’s Habitual Criminal Sterilization Act*), que determinara a esterilização compulsória de pessoa condenada pela terceira vez consecutiva por crime grave e punido com pena de prisão (*felony*)”¹¹¹. A Corte neste julgamento deixou claro que a liberdade de procriar era um direito fundamental insubtraível merecedor da proteção do *substantive process of law*, prevista na 14^a Emenda Constitucional.¹¹²

Assinala José Celso de Mello Filho que:

“A exigência do devido processo legal, nos casos em que a vida, a liberdade e a propriedade estejam afetadas ou possam vir a ser atingidas, destina-se a garantir o indivíduo contra a ação arbitrária do Estado e colocá-lo sob a imediata proteção da lei.”¹¹³

¹¹¹ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 72.

¹¹² Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 72.

¹¹³ José Celso de Mello Filho. *A tutela judicial da liberdade*. p. 301.

Luiz Airton de Carvalho¹¹⁴ ensina que o devido processo legal protege a liberdade, em seu sentido amplo: a liberdade de expressão, liberdade de ir e vir, liberdade de fazer e não fazer, nos termos de lei, e os bens, também, no sentido lato sensu, bens corpóreos (propriedades, posses, valores) e bens incorpóreos (direitos, ações, obras intelectuais, literárias, artísticas, sua imagem, sua expressão corporal e etc.).

No sentido genérico o *due process of law* não indica somente a tutela processual, mas sua caracterização se dá de forma ampla abrangendo o *substantive due process* e o *procedural due process*. Conforme assinala Nelson Nery,

“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.”¹¹⁵

¹¹⁴ Luiz Airton Carvalho. Princípios Processuais Constitucionais. 1994. passim.

¹¹⁵ Nelson Nery Júnior. Ibidem., p. 35.

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Para uma melhor análise do tema é necessário discorrer sucintamente sobre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Conceituá-los para delimitar as possíveis diferenças entre ambos. É o que faremos a seguir.

A natureza e o fundamento dos direitos humanos sempre foram objeto de questionamento por doutrinadores e filósofos, “se são direitos naturais e inatos, ou direitos positivos e históricos ou, ainda, direitos que derivam de determinado sistema moral”¹¹⁶. Destaca Norberto Bobbio¹¹⁷, que a preocupação atual não deve ser mais a de justificar ou fundamentar os direitos humanos, mas sim o de protegê-lo¹¹⁸. A característica que serve para estabelecer uma divisão entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos é o fato dos direitos fundamentais estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica.

Conforme observa Paulo Gustavo Gonet Branco:

“A expressão *direitos humanos*, ou *direitos do homem*, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a

¹¹⁶ Flávia C. Piovesan. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. p. 131-132.

¹¹⁷ Norberto Bobbio (1909-2004), pensador, filósofo, escritor e senador vitalício italiano. Analisa, em suas obras, as vantagens e desvantagens do liberalismo e do socialismo. Entre elas destacam-se *Política e cultura* (1955), *De Hobbes a Marx* (1965) e *O que é socialismo?* (1977). "Bobbio, Norberto," *Enciclopédia® Microsoft® Encarta*. © 1993-1999 Microsoft Corporation.

¹¹⁸ Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos*. p. 25.

certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular.

A expressão *direitos humanos*, ainda, e até por conta da sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em tratados e em outros documentos de direito internacional.

Já a locução *direitos fundamentais* é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo – pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.”¹¹⁹

Ressalta, porém, que:

“Essa distinção conceitual não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais. É de se ressaltar a importância da **Declaração Universal de 1948** na inspiração de tantas

¹¹⁹ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 125.

constituições do pós-guerra.”¹²⁰ (grifo nosso)

Assim, cabe destacar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹²¹ em seu preâmbulo dispôs que:

“(…) o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;”¹²²

“(…) a desconsideração e o desrespeito dos **direitos humanos** resultaram em atos bárbaros que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens tenham a liberdade de palavra e de crença, libertados do medo e da miséria, foi proclamado como a mais alta aspiração do homem;”¹²³ e que:

“(…) é essencial a **proteção dos direitos humanos através de um regime de direito**, para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão”. (grifos nosso)

Prescreveu também que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos.” (art. 1º).

Para Louis Henkin,

¹²⁰ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 125-126.

¹²¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) na sua Resolução 217A (III), de 10 de Dezembro de 1948.

¹²² Declaração Universal dos Direitos Humanos. *passim*.

¹²³ Declaração Universal dos Direitos Humanos. *passim*.

“Direitos humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo, reivindicações estas reconhecidas como de direito e não apenas por amor, graça ou caridade”¹²⁴.

Anota Norberto Bobbio que:

“A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado / cidadão ou soberano / súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (...) no início da idade moderna”¹²⁵.

Concernente aos direitos fundamentais Paulo Gustavo Gonet

Branco ensina o seguinte:

“Os direitos fundamentais são hoje o parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. Ao mesmo tempo, a sociedade democrática é condição imprescindível para a eficácia dos direitos fundamentais. Direitos eficazes e democracia são conceitos indissociáveis,

¹²⁴ Louis Henkin, *The Rights of Man Today*, *apud* Adauto Suannes. *Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*, p. 69.

¹²⁵ Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos*, p. 4.

não subsistindo aqueles fora do contexto desse regime político.”¹²⁶

Ressalta ainda o mestre que:

“(...) assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que este tem, em relação ao indivíduo, primeiro, deveres e, depois, direitos.”¹²⁷

Como direitos e garantias institucionalizados em determinado momento e época para garantia da dignidade e das liberdades do ser humano contra os desmandos do Estado, estabelecidos em ordenamentos jurídicos (nacional e internacional), os direitos fundamentais, assegurados em uma Constituição escrita, constituem uma fronteira comum a todos os poderes do Estado, sendo no regime do Estado de Direito, a regra básica da distribuição de poderes entre o Estado e os indivíduos.

Nesta linha o preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹²⁸ dispôs que os Estados americanos signatários da Convenção comprometiam-se a consolidar um regime de liberdade pessoal

¹²⁶ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 104.

¹²⁷ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 107.

¹²⁸ Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, na forma do segundo parágrafo de seu art. 74. Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

e de justiça social, fundado no respeito aos **direitos essenciais do homem**, que não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.

Cada vez mais é fortalecida a idéia de direitos fundamentais como matérias constitucionais, essenciais e imprescindíveis em qualquer Constituição de um Estado Democrático de Direito: “São previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana”¹²⁹.

Todo e qualquer indivíduo tem a tutela constitucional dos seus direitos, podendo pleitear ao Judiciário se sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito. Afirma Alexandre de Moraes que: “O respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra-mestra na construção de um verdadeiro Estado de Direito Democrático”¹³⁰.

Sem um Poder Judiciário com autonomia, independência e

¹²⁹ Alexandre de Moraes. Direitos Humanos Fundamentais. p. 20.

¹³⁰ Alexandre de Moraes. *Ibidem.*, p. 21.

que seja eficiente é impossível se ter uma proteção eficaz dos direitos fundamentais. Todavia, alerta Raquel Denize Stumm que:

“A indeterminabilidade dos direitos fundamentais deixa ao legislador um espaço político para ponderar maior do que possui o intérprete-aplicador, que deve restringir-se à atualização ou interpretação, não podendo contornar direitos. (...). O juiz tem assim a sua atuação orientada pelos valores reconhecidos pelo ordenamento, o legislador infraconstitucional, por sua vez, pode incluir valores novos ao sistema, desde que não contrários aos princípios gerais do Direito e à Constituição.

Os direitos fundamentais, mesmo tendo caráter de indeterminabilidade, possuem força vinculativa imediata dirigida tanto ao juiz, quanto ao legislador”¹³¹.

Anota Paulo Gustavo Gonet Branco,

“Para que os **direitos fundamentais** cumpram a sua vocação conciliadora do poder estatal com os reclamos humanísticos e democráticos, impõem-se delinear os elementos da teoria geral que deles se ocupa.

A relevância de um tal esforço se infere, prontamente, da leitura do Preâmbulo da atual Constituição. Ali se proclama que a Assembléia Constituinte teve como inspiração básica dos seus trabalhos o propósito de ‘instituir

¹³¹ Raquel Denize Stumm. Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro. pp. 133-134.

um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança (...)'.

A compreensão, portanto, das **normas constitucionais** não pode desprender-se do desígnio essencial do constituinte, que **busca estruturar o Estado sobre o pilar ético-jurídico-político do respeito e da promoção dos direitos fundamentais.**¹³² (grifos nosso)

Contudo, é importante destacarmos que os direitos humanos fundamentais não foram adotados e aceitos imediatamente. Aspecto importante a ser considerado, o enfraquecimento do absolutismo e a conseqüente consolidação das liberdades públicas limitando o poder de intervenção do Estado na vida do indivíduo, levaram o Estado a fortalecer a idéia de direitos individuais declarando-os expressamente em seus ordenamentos jurídicos. Posteriormente com o advento dos direitos econômicos e sociais o Estado assume a obrigação de agir (*facere*) para proporcionar e garantir a igualdade, o bem estar social, passando o indivíduo a condição de credor do Estado¹³³.

Carlos Mário da Silva Velloso apresenta um claro resumo sobre os acontecimentos históricos:

“A Declaração de Virgínia, de 12/01/1776, foi a

¹³² Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 104.

¹³³ v. Ada Pellegrini Grinover. O Poder Judiciário e a garantia das liberdades públicas. In “Revista Convivium”, julho/agosto de 1972.

primeira declaração de direitos fundamentais do mundo. Ela é anterior à Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 04/07/1776. A mais famosa, entretanto, é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que veio no bojo da Revolução Francesa, de 1789. Essas declarações inspiraram-se, sobretudo, nas doutrinas de Locke, de Rousseau e de Montesquieu, preocupando-se em estabelecer em torno das pessoas um círculo de segurança no qual o poder não poderia penetrar. Nessa linha, o 'Bill of Rights' do povo norte americano, consubstanciado nas dez primeiras emendas à Constituição de 1787, aprovadas em 1791, às quais acrescentaram-se, com o correr do tempo, outras mais. As Constituições que se seguiram positivaram os direitos considerados fundamentais do homem. A Constituição brasileira de 1824 inspirou a Constituição da Bélgica, de 1831. A Constituição republicana, de 1891, caminhou na mesma linha, consagrando os direitos individuais. A Carta de 1934 realiza o compromisso do individual com o social, porque consagra direitos individuais e direitos sociais, o que se tornou constante nas Constituições seguintes, 1946, 1967, EC 1/69, 1988.”¹³⁴

Neste contexto se insere a garantia do devido processo legal como direito fundamental que, conforme observa Luis Flávio Gomes:

“Inicialmente era uma garantia reservada a poucos, mas depois a própria evolução da cultura dos direitos humanos encarregou-se de estendê-la a todos. Já no

¹³⁴ 10 anos de Constituição: Ibidem., p. 231.

Século XIV eram comuns as duas expressões hoje amplamente conhecidas: *'due process of law'* ou *'by de law of the land'*, que no seu significado original, mais amplo, consistia numa clara limitação à atuação do Poder Público frente aos particulares.”¹³⁵ (grifos nosso)

Conforme ensina José Celso de Mello Filho:

“A exigência do **devido processo legal**, nos casos em que a **vida, a liberdade e a propriedade** estejam afetadas ou possam vir a ser atingidas, destina-se a garantir o indivíduo contra a ação arbitrária do Estado e a colocá-lo sob a imediata proteção da lei.”¹³⁶ (grifos nosso)

Aplicado de forma efetiva e consciente, constitui importante instrumento garantidor da vida, liberdade e propriedade nestas relações de poder. No âmbito interno, garantindo a efetividade da norma constitucional; no âmbito externo a eficácia dos tratados e acordos internacionais garantidores dos direitos fundamentais do homem, como também, dos Estados mais fracos como pessoa jurídica de direito internacional, frente as grandes potenciais mundiais.

E, como principal garantia instrumental que é, ao contrário das demais garantias constitucionais,

“não é um fim em si mesmo, mas instrumento para a tutela

¹³⁵ Luiz Flávio Gomes Ibidem., p. 184.

¹³⁶ Jose Celso de Mello Filho. A tutela judicial da liberdade. RT 526/298, agosto de 1979.

de um direito principal. Está a serviço dos **direitos humanos fundamentais**, porque serve de meio para obtenção das vantagens e benefícios decorrentes dos direitos que visa assegurar.”¹³⁷ (grifo nosso)

Em sua lição, importante consideração faz Oreste Nestor de Souza Laspro sobre o devido processo legal:

“Provavelmente, nenhum instituto jurídico é tão amplo e ao mesmo tempo tão complexo como o devido processo legal.

Tão amplo, na medida em que pode-se afirmar que engloba todas as demais garantias, não somente processuais como também as substanciais (*procedural due process e substantive due process*). (...).

Tão complexo, na medida em que varia de acordo com a civilização e regime político.

Para a civilização ocidental e democrática, **o devido processo legal tem por objetivo, ao menos originalmente, a tutela dos direitos fundamentais do homem.**

Nesse sentido, o devido processo legal é um verdadeiro direito a serviço do direito, na medida em que se constitui em um instrumento garantidor de direito, pois, se impedido o exercício destes, permite o direito de ação ao juiz

¹³⁷ José Afonso da Silva. Curso de Direito constitucional positivo. 1995. p. 186.

competente para torná-los efetivos.¹³⁸ Por essa razão, **pode ser inserido como princípio processual constitucional**, como elemento inerente ao Estado de Direito e **como direito fundamental do cidadão.**^{139,140} (grifos nosso)

Essa característica da constitucionalização do devido processo legal como direito fundamental, traz conseqüências de evidente relevo. A norma que o abriga impõem-se a todos os poderes constituídos, inclusive ao poder de reforma da Constituição. O Poder Legislativo¹⁴¹ em sua atividade legiferante deve editar leis razoáveis e proporcionais, guardando coerência com o sistema de direitos fundamentais estabelecidos pela ordem constitucional.

Cabe então, destacar que o Constituinte brasileiro de 1988 consolidou o devido processo legal como direito e/ou garantia fundamental ao dispor, expressamente, no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV). É direito porque é uma

¹³⁸ Ver também, José Joaquim Calmos de Passos, *Advocacia – O direito de recorrer à Justiça*, in *Revista de Processo* (10):38, São Paulo, RT, abr./jun., 1978.

¹³⁹ Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier, *Anotações sobre o princípio do devido processo legal*, in *Revista de Processo* (65): 55, São Paulo, RT, 1997, p. 88.

¹⁴⁰ Oreste Nestor de Souza Laspro. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. (coordenador José Rogério Cruz e Tucci), p. 195-196.

¹⁴¹ Neste sentido Paulo Gustavo Gonet Branco: “A vinculação do legislador aos direitos fundamentais significa, também, que, mesmo quando a Constituição entrega ao legislador a tarefa de restringir certos direitos (por exemplo, o de livre exercício de profissão), o legislador haverá de respeitar o núcleo essencial do direito, não estando legitimado a criar condições desarrazoadas ou que tornem impraticável o direito previsto pelo constituinte. Neste sentido, o STF já declarou a inconstitucionalidade de limitação, por desarrazoada, de um período de quarentena de dois anos, a que certa lei submetia os juízes aposentados, antes de passarem a exercer a advocacia.” Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 127. Ver também, *Representação* nº 1.054, RTJ 110/937.

cláusula meramente declaratória de direito. É uma garantia por ser um instrumento assecuratório de outros direitos que lhe são corolários, como, o de ação, do contraditório e da ampla defesa, da igualdade, da razoabilidade, da proporcionalidade, entre outros. É um princípio fundamental, pela estreita relação que possui com todos os demais princípios aplicáveis ao processo, ao passo que também assegura o exercício dos direitos contra fatos inibidores, como leis ou atos administrativos injustos.

É dado concluir, portanto, que o devido processo legal como direito fundamental tido como natural com índole constitucional, vinculando todos os poderes e capaz de ser exigido judicialmente, foi assim reconhecido e positivado pela primeira vez na Constituição Federal de 1988. Por esta razão, discorreremos a seguir sobre o devido processo legal no Brasil e sua evolução interpretativa nas ordens constitucionais brasileiras até a Constituição de 5 de outubro de 1988.

SEGUNDA PARTE

SEGUNDA PARTE – O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO BRASIL

1 EVOLUÇÃO INTERPRETATIVA NAS ORDENS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS - 1.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COM STATUS DE NORMA CONSTITUCIONAL - 2 DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCESSUAL (*DUE PROCESS OF LAW*) - 2.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - 2.2 DIREITO AO SILÊNCIO - 2.3 GARANTIA AO CONTRADITÓRIO PLENO E EFETIVO - 2.4 *PROCEDURAL DUE PROCESS* APLICADO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO - 2.4.1 INOBSERVÂNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL - 3 DIMENSÃO SUBSTANTIVA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - 3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (SENTIDO AMPLO) - 3.1.1 RESERVA LEGAL E DEVIDO PROCESSO - 3.2 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - 3.2.1 A RAZOABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO - 3.2.1.1 DISTINÇÃO ENTRE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - 3.2.1.2 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DAS LEIS. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA - 4 APLICAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO - 4.1 ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO - 4.1.1 O PODER DE POLÍCIA EM FACE AO PRIMADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO - 4.1.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO E A LEI DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO (9.784/99) - 4.1.2.1 VERDADE SABIDA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO - 4.1.3 POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO JUDICIÁRIO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS COM O ADVENTO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO - 4.1.4 IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR SEM OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL - 4.1.5 MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DISCIPLINAR - 4.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO APLICADO AO DIREITO PENAL - 5 EXTENSÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS - 6 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA VIGÊNCIA DE ESTADO DE DEFESA E DE ESTADO DE SÍTIO

1 EVOLUÇÃO INTERPRETATIVA NAS ORDENS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS

A interpretação dada ao devido processo legal pela Corte Americana transcende as fronteiras, difundindo-se por diversos sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro, porém conforme destaca Anna Cândida da Cunha Ferraz:

“Se a jurisprudência norte-americana é tão farta de exemplos de interpretação evolutiva da Constituição, o mesmo parece não ocorrer em todos os sistemas constitucionais, mesmo naqueles que se inspiram no modelo americano.

A evolução constitucional por força de decisões jurisprudenciais é fortemente contida na América Latina, por exemplo, em razão de fatores tais como: a predominância política do Poder Executivo sobre a Corte Suprema, a inexistência de reais garantias de imparcialidade dos juízes, as freqüentes reformas constitucionais e a instabilidade institucional constante, que dá ensejo a sucessivos e prolongados períodos de exceção constitucional, (...).”¹⁴²

Ressalta também que em razão destes fatores mais freqüentemente “a interpretação constitucional judicial tem atuado como elemento de contenção da evolução constitucional, tolerando e muitas vezes convalidando abusos do Legislativo ou do Executivo, inclusive golpes de

¹⁴² Anna Cândida da Cunha Ferraz. *Ibidem.*, p. 133.

Estado.”¹⁴³

Todavia, muitos Estados modernos consagraram em seus ordenamentos jurídicos este princípio. Em alguns somente como um conjunto de garantias processuais do cidadão, outros também como garantia substantiva.

Como registra Maria Rosynete de Oliveira, ocorreu:

“a difusão do preceito em outros sistemas jurídicos, como o alemão, o argentino, o espanhol, o panamenho e o mexicano, demonstrando que a idéia central que norteia o *due process of law* – o controle do poder – está presente nesses ordenamentos, onde assume, inclusive, denominações similares: *proceso debido e debido proceso legal*.”

Aos poucos, a construção norte-americana acerca do *due process of law* foi encontrando abrigo em nossa ordem jurídica, a começar pela constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais e o reconhecimento da força normativa de outros direitos e garantias implícitos. Começam as especulações em torno do devido processo legal, em uma séria demonstração de que não bastava a inscrição dos direitos fundamentais em texto constitucional; era preciso encontrar mecanismos hábeis a torná-los eficazes.

Influenciados por essas idéias, Castro Nunes (1943) e

¹⁴³ Anna Cândida da Cunha Ferraz. *Ibidem.*, p. 133.

Carlos Alberto Lúcio Bittencourt (1949) passam a defender a vigência implícita deste princípio entre nós. A comunidade jurídica, contudo, não aceitou de pronto este entendimento, surgindo opositores como Victor Nunes Leal e San Tiago Dantas. No ano de 1968, a posição vanguardista é retomada por José Frederico Marques, que sustenta a aplicação da cláusula não apenas no campo processual penal, onde era por vezes associada aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mas também na esfera administrativa. No mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal prolatou uma decisão pioneira no processo de Habeas-corpus n. 45.232-GB (RTJ-44:322)¹⁴⁴, que, *mutatis mutandis*, utilizou o devido processo legal sob o duplo enfoque – processual e substantivo – como pauta de controle do ato estatal impugnado. Ambos foram, contudo, pronunciamentos isolados.

A doutrina nascente passa a receber, nos anos seguintes, a contribuição de processualistas, em especial de Ada Pellegrini Grinover, pontuando a dimensão processual do *due process of law*, a sua vigência entre nós e a sua incidência também no campo cível. Cremos que esse reconhecimento deveu-se, em grande medida, à pré-

¹⁴⁴ Em 13 de dezembro de 1968 foi baixado o Ato Institucional nº 5, marcado pelo autoritarismo do ponto de vista jurídico, que subtraía do Poder Judiciário a apreciação de qualquer ato praticado com fundamento nele. Impedia a impetração de Habeas Corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

O habeas corpus, em 1968, era um remédio constitucional que garantia a liberdade de locomoção, previsto no artigo 150, § 20 da Constituição de 1967, *in verbis*: "Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". Os crimes políticos e contra Segurança Nacional estavam dispostos na Lei de Segurança Nacional - Lei 1802 de 1953 e o Decreto-Lei 314 de 1967.

A leitura do acórdão do "habeas corpus" 45.232 da Guanabara, que ocorreu no dia 21 de fevereiro de 1968 é de extrema importância para a compreensão do tema em comento. Nesta decisão o STF declara a inconstitucionalidade do artigo 48 do Decreto-Lei 314 de 1967. Até então o "habeas corpus" não tinha sido utilizado como instrumento para declaração de inconstitucionalidade de lei, via difusa.

constitucionalização fragmentária de garantias processuais, que concretizam o princípio do devido processo legal, notadamente no campo processual penal, como o contraditório e a ampla defesa.”¹⁴⁵

Nas Constituições do Brasil anteriores a de 1988 embora a doutrina não admitisse a presença expressa do princípio do devido processo legal, pode se perceber que a idéia de proteção dos direitos individuais vai amadurecendo passo a passo. Luiz Rodrigues Wambier entende que:

“embora não houvesse reconhecimento, pela doutrina, da adoção expressa do princípio do devido processo legal nas Constituições, havia, em cada uma delas, determinadas garantias que, interpretadas à luz do conjunto de garantias do cidadão e do sistema de governo admitido, poderiam dar margem ao entendimento de que, na verdade, o princípio estava adotado e garantido.”¹⁴⁶

Havia uma predisposição constitucional de aplicação do devido processo legal no direito brasileiro, como princípio-garantia das liberdades do homem. A Constituição Imperial de 25/03/1824, outorgada por D. Pedro I, inspirada no constitucionalismo inglês, dispunha no Título 8º, Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, artigo 179, *caput* e nos incisos I e II que: “A inviolabilidade dos Direitos Cíveis e Políticos dos cidadãos brasileiros, que

¹⁴⁵ Maria Rosynete de Oliveira Lima. *Ibidem.*, *passim*.

¹⁴⁶ Luiz Rodrigues Wambier. *Ibidem.*, p. 38.

tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, (...).” Estabeleceu o princípio da legalidade, no Império, onde nenhum cidadão, nos termos da Constituição, poderia ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei e que nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública. Dispôs também que ninguém poderia ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei; (...), inciso VIII; e que ninguém poderia ser sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de Lei anterior e na forma por ela prescrita, inciso XI.

Nestes dispositivos é evidente a intenção do legislador constituinte em limitar o poder do Imperador ao estabelecer o princípio da legalidade, a necessidade de lei que tenha utilidade pública ou mesmo quando prescreve a exigência de sentença proferida por autoridade competente e nos termos da lei. A interpretação destas disposições sugere a disposição implícita do princípio do devido processo legal no Texto Constitucional de 1824.

A Constituição Republicana de 24/02/1891, “pouco inovou quanto à questão do controle judicial dos atos. Assim, tanto no texto original quanto naquele que restou vigente por força da Emenda Constitucional de 3.9.26, ficaram garantidos o princípio da legalidade e anterioridade das leis, da ampla defesa nos processos de natureza penal e da

proibição de foros especiais.”¹⁴⁷

A Constituição de 16/07/1934, no Título III - Da Declaração de Direitos, Capítulo II – Dos Direitos e das Garantias Individuais, dispõe no art. 113, que: “Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. (...)”, inciso 21; “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”, inciso 24; “Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita”, inciso 26; e que “A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, (...)”, inciso 35.

Importante destacar na Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 10/11/1937, o seguinte:

“no art. 122, item 11, disposições relativas a aspecto eminentemente criminal, que, todavia, interpretadas sistematicamente, em conjunto com o art. 123, permitem inferência no sentido de que esteve, naquele período, garantido o princípio do devido processo legal. De fato, o item 11 previa que: ‘A exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá

¹⁴⁷ Luiz Rodrigues Wambier. *Ibidem.*, p. 38.

ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa'. Ao passo que o art. 123 dispunha no sentido de que: 'A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição...'»¹⁴⁸. (sic)

A Constituição de 18/09/1946, no Título IV – Da Declaração de Direitos, Capítulo II – Dos Direitos e das Garantias Individuais, art. 141, dispunha: no § 25. “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota da culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória”; e no § 27. “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior.”

Defende Luiz Rodrigues Wambier a previsão expressa do devido processo legal já no texto constitucional de 1946, conforme relata:

“No direito positivo brasileiro o princípio do devido processo legal somente chegou ao texto constitucional, de modo expresso e claro, na CF de 1946, onde veio insculpido em seu art. 141, § 4º. Se bem que, nesse texto, decorre

¹⁴⁸ Luiz Rodrigues Wambier. *Ibidem.*, p. 38.

límpido, de fato, apenas o princípio da justicialidade, segundo o qual nenhuma lesão ao direito de qualquer cidadão poderá deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário. Da garantia do controle jurisdicional, todavia, deflui tranqüilamente a do devido processo legal, por ser inimaginável que se garanta ao cidadão o direito ao controle jurisdicional dos atos sem que isso se faça mediante o uso de instrumental apropriado, devidamente previsto no ordenamento jurídico.

Então, previa o § 4º do art. 141 da CF de 18.9.46 que: ‘A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual’¹⁴⁹. (sic)

Não partilhamos deste entendimento por entendermos que a Constituição de 1946, somente possuía dispositivos de proteção aos direitos e garantias individuais que interpretados sistematicamente poderiam servir como base para a sustentação do devido processo legal em nosso ordenamento jurídico.

A Constituição de 24/01/1967, e a Emenda Constitucional de 1969 previam garantias assemelhadas a Constituição de 1946 ao dispor, respectivamente nos artigos 150 § 4º e 153 § 4º, “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Posteriormente, a EC de 69, foi alterada pela EC de nº 7, de 13.04.77, sofrendo uma limitação ao ser acrescentado a este dispositivo que, “o

¹⁴⁹ Luiz Rodrigues Wambier. *Ibidem.*, p. 38.

ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassando o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”.

Em comentário ao artigo 153, da Carta de 1967, Humberto Theodoro Júnior registra que:

“Nossa Carta Magna de 1967 era pródiga em tutela jurisdicional expressa no que se relacionava com o processo penal (art. 153, §§ 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20).

No que respeitava, porém, ao processo civil, uma única regra expressa da Constituição brasileira revogada podia ser considerada como ligada diretamente à tutela do devido processo legal: a do art. 153, § 4º, representativa do princípio da inafastabilidade do controle judiciário: ‘A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.’”¹⁵⁰

A doutrina da época afirmava que o art. 153 § 4º constituía em um comando expresso ao legislador ordinário inibindo-o de legislar com a intenção de restringir a apreciação pelo Judiciário de qualquer questão que envolvesse violação de direito subjetivo. Consagrava-se assim o princípio da jurisdição única, inafastabilidade da jurisdição, o princípio da

¹⁵⁰ Humberto Theodoro Júnior. A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil. p. 14.

definitividade da jurisdição, ou seja, o princípio primário e essencial do juiz natural.

Ada Pellegrini Grinover na vigência da Constituição de 1967/69, escreveu ser evidente que:

“princípios como o de isonomia, do juiz natural, da assistência judiciária e da coisa julgada, constituem postulados vitais para as garantias do Processo Civil. Mas é forçoso reconhecer que a constituição brasileira erigiu em regra específica para o processo civil um único princípio: o princípio da inafastabilidade do controle judiciário”¹⁵¹.

Na sua concepção trata-se de uma regra, que “se prende diretamente à cláusula do ‘*due process of law*’ do sistema anglo-norte-americano e tem, na constituição em vigor, a seguinte redação: ‘A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual’ (art. 153, § 4º)”¹⁵². Como garantia de acesso aos tribunais, o art. 153, 4º, da constituição de 1967/69, ainda, “no plano constitucional o próprio direito de ação; o direito a prestação jurisdicional pelo Estado”¹⁵³.

Contudo para a jurista e doutrinadora somente a previsão na constituição do princípio não era suficiente. Muito mais do que a constitucionalização do direito de ação é necessário que esteja assegurado

¹⁵¹ Ada Pellegrini Grinover. Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil. pp. 14-15.

¹⁵² Ada Pellegrini Grinover. *Ibidem.*, p. 15.

¹⁵³ Ada Pellegrini Grinover. *Ibidem.*, p. 18.

ao indivíduo “os meios para obter o pronunciamento do juiz sobre a razão do pedido”¹⁵⁴. Afirma ser “necessário, antes de mais nada, que por direito de ação, direito ao processo, não se entenda a simples ordenação de atos, através de qualquer procedimento, mas sim o ‘devido processo legal’”¹⁵⁵.

‘Somente neste sentido, “o dispositivo representaria uma garantia constitucional, cujo conteúdo é o direito ao processo.”¹⁵⁶

Humberto Theodoro Júnior em seu magistério ensina que apesar de todos os princípios estabelecidos pela Constituição de 1967/69:

“Faltava, porém, para que a declaração constitucional brasileira fosse completa, em torno do tema, a parte relativa à garantia de um processo ordenado segundo a lei. Aí, sim, a conjugação do princípio do juiz natural com a do direito de ação, e, ainda, com o do princípio da legalidade, ensejaria uma completa e expressa adoção da garantia constitucional do *due process of law*.

Essa omissão, todavia, não excluía a plena vigência da garantia do devido processo legal entre nós. É que nossa Carta Magna ressalvava que a especificação dos direitos e garantias nela expresso não excluía outros ‘decorrentes do regime e princípios que ela adota’ (art. 153, § 36).

Ora, tendo sido expressamente esposado o princípio do monopólio estatal da justiça, através do Poder Judiciário, e

¹⁵⁴ Ada Pellegrini Grinover. *Ibidem.*, p. 18.

¹⁵⁵ Ada Pellegrini Grinover. *Ibidem.*, p. 18.

¹⁵⁶ Ada Pellegrini Grinover. *Ibidem.*, p. 18.

tendo sido assegurado o direito subjetivo público à prestação jurisdicional a todos os indivíduos e para a tutela de todo e qualquer direito subjetivo lesado ou ameaçado de lesão, claro é que esses direitos subjetivos constitucionais pressupunham uma instrumentalização adequada. Tanto isto se fazia verdadeiro, que a própria Constituição Federal reservava para a União o poder exclusivo de legislar sobre o direito processual civil para todo o território nacional.

Daí a conclusão de que, admitindo a vigência das garantias implícitas no art. 153, § 4º, a Constituição brasileira adotava, realmente, a garantia do *due process of law*¹⁵⁷.

José Celso de Mello Filho ainda na vigência da Constituição de 1967/69 registrou que:

“A cláusula do devido processo legal, que é ampla, abrange, dentre outros, os seguintes direitos e princípios: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento das testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito a plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em

¹⁵⁷ Humberto Theodoro Júnior. *Ibidem.*, p. 15.

provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação”¹⁵⁸.

Ressaltou ainda o Ministro que a cláusula do devido processo legal também se aplica ao processo civil, “caracterizando-se pela observância dos seguintes princípios: a) igualdade das partes; b) garantias do *jus actionis*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório.”¹⁵⁹

O constituinte de 1988 prestigiou o princípio do devido processo legal, pois além da previsão expressa, no art. 5º inciso LIV, “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, também positivou diversos princípios que em última análise são corolários do devido processo legal, pondo fim a questionamentos que existiam em muitos doutrinadores sobre a aplicação ou não deste princípio no sistema jurídico brasileiro. Para Nelson Nery Junior na Constituição de 1988 não havia a necessidade de previsão expressa de princípios como o do contraditório, da ampla defesa, dentre outros, por serem corolários do devido processo legal. Menciona o referido mestre que:

“Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5º seria absolutamente despicienda. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais

¹⁵⁸ Jose Celso de Mello Filho. *Ibidem.*, passim.

¹⁵⁹ Jose Celso de Mello Filho. *Ibidem.*, passim.

derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o legislativo e o judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.”¹⁶⁰ (sic)

Ressalta Augusto do Amaral Dergint que:

“A CF/88, em seu art. 5º, LIV, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, explicita a garantia do ‘devido processo legal’. A submissão da legislação ordinária a esta cláusula passa, pois, a ser cogente, por disposição constitucional expressa, e não mais por mera interpretação doutrinária. A mesma cláusula, entretanto, ainda não logrou atingir, na jurisprudência pátria, o estágio de utilização substantiva, permanecendo apenas processualística sua figuração. Não obstante, não se pode perder de vista seu alto potencial exegético como critério de aferição da razoabilidade das leis, tendo em vista assegurar os direitos fundamentais, não raras vezes violados ou ameaçados por leis arbitrárias”¹⁶¹.

Atualmente, com a previsão expressa, já não mais existe a necessidade de interpretação sistemática para extrair esta garantia, pois os direitos já estão assegurados, seja pela cláusula do devido processo legal, seja pelos demais dispositivos inerentes ao processo também previsto pela Constituição.

¹⁶⁰ Nelson Nery Junior. *Ibidem.*, p. 40.

¹⁶¹ Augusto do Amaral Dergint. *Ibidem.*, p. 253.

Conforme ratificou Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“Coube à Constituição da República de 1988 inserir, no elenco dos direitos fundamentais assegurados pelo Estado, o do devido processo legal, com amplitude ineditamente concebida no direito brasileiro, ali se abrigando não mais apenas a garantia do processo penal e civil e da instrução criminal no caso do contraditório, mas também o processo administrativo”¹⁶².

Para Humberto Theodoro Júnior:

“Agora, com o advento da Carta de 1988, tudo se tornou claro e explícito no que toca à garantia do devido processo legal, como uma das garantias fundamentais sobre que se assenta o Estado Democrático brasileiro”¹⁶³.

É o que se pode depreender da leitura do art. 5º, da Constituição que: ao proclamar o princípio geral da legalidade no inciso II - “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; ao assegurar o direito à tutela jurisdicional no inciso XXXV - “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; ao prever expressamente o devido processo legal no inciso LIV - “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; e ao dispor sobre ampla defesa e contraditório no inciso LV - “aos

¹⁶² Cármen Lúcia Antunes Rocha. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no direito brasileiro. p. 204.

¹⁶³ Humberto Theodoro Júnior. A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil. p. 15.

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”, colocou-se entre as Constituições mais avançadas do mundo, em matéria de garantia da tutela jurisdicional.

Afirma ainda Humberto Theodoro Júnior que da nova Constituição

“emana a certeza de que a tutela jurídica devida pelo Estado ao povo não se limita a uma simples obrigação de resposta ao direito de ação, exercitado indistintivamente pelo autor e pelo réu. O que se assegura, enfaticamente, é o devido processo legal, com todos os predicados que a história do Constitucionalismo universal conseguiu construir”¹⁶⁴.

Por isso, anota que se pode

“concluir sem qualquer sombra de dúvida, que a Justiça Civil, tal como a Penal, no moderno Constitucionalismo brasileiro, acha-se informada pelos dois grandes princípios do Estado de Direito, ou seja: a) pela garantia do direito à tutela jurisdicional; e b) pela garantia de que essa tutela será sempre prestada dentro dos moldes do devido processo legal”¹⁶⁵.

Maria Rosynete de Oliveira Lima assinala que:

¹⁶⁴ Humberto Theodoro Júnior. *Ibidem.*, p. 15.

¹⁶⁵ Humberto Theodoro Júnior. *Ibidem.*, p. 15.

“Esse foi, sem dúvida, um grande passo na tutela dos direitos fundamentais, sem o qual eles correm o risco de serem meras exortações morais. Desde então, a doutrina e a jurisprudência nacionais têm-se esforçado para dar conteúdo ao preceito, já que era tido pela maioria da comunidade jurídica apenas como mero instrumento de controle de legalidade dos procedimentos penais”¹⁶⁶.

No Brasil é lenta e progressiva a aceitação e aplicação em nosso sistema jurídico da cláusula do devido processo em seu aspecto substantivo. Contudo, expressiva parte da doutrina já entende que os atos estatais, sejam de cunho legislativo ou administrativo, devem ser razoáveis, sob pena de terem o vício da inconstitucionalidade. Atualmente podemos afirmar que a doutrina e jurisprudência brasileira cada vez mais fortalecem o devido processo legal em sua dimensão processual e substantiva. Objetiva-se sob o prisma processual a economicidade, a celeridade e a efetividade do processo com o mínimo de intervenção do Estado, a garantia do contraditório e ampla defesa entre as partes preservada, sob pena de nulidade; e sob o prisma substancial permitir inclusive o controle do conteúdo dos atos do Poder Público, pelo Poder Judiciário, estabelecendo limites a sua atuação.

Tanto a doutrina como a jurisprudência entende ser difícil, senão impossível, construir uma definição estática para o devido processo

¹⁶⁶ Maria Rosynete de Oliveira Lima. *Ibidem.*, passim.

legal, pois não está adstrito a conceitos pré-estabelecidos. Este princípio deve se adaptar aos novos direitos decorrentes da mutabilidade e avanço social do mundo globalizado.

Fato é, que o entendimento atual do devido processo legal substantivo permite o controle de atos normativos disciplinadores de liberdades individuais, e que consiste em fonte inesgotável de criatividade hermenêutica, englobando princípios como o da legalidade e razoabilidade para o controle dos atos editados pelo Executivo e pelo Legislativo. Em razão disto, a Constituição vigente atribui competência ao Judiciário para afastar a aplicabilidade das Leis com conteúdo arbitrário e desarrazoado, como forma de limitar a conduta do legislador. Lei que não atinge um fim legítimo é ilegítima e inválida.

Concernente à dimensão material do devido processo legal, observa Maria Paula Dallari Bucci que “a sua aplicação permite o questionamento substancial do ato estatal, notadamente o produto legislativo, constituindo-se em medida de aferição da legitimidade do ato restritivo de direitos fundamentais.”¹⁶⁷

Tem sua aplicabilidade por meio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, utilizados, via de regra, no Brasil como sinônimos, embora afirme Maria Rosynete que os princípios da

¹⁶⁷ Maria Paula Dallari Bucci. O Princípio da Razoabilidade em apoio à legalidade. p. 173.

razoabilidade e proporcionalidade têm, “indubitavelmente, magnitudes diversas e não podem ser iguados, pois enquanto a razoabilidade opera com variáveis subjetivas, a proporcionalidade atua com elementos objetivos, extraídos da hipótese concreta.”¹⁶⁸ Entende que tal fato se justifica considerando que a proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, que não pode ser retirada.

Conforme afirma Maria Paula Dallari Bucci:

“O devido processo legal é, assim, uma expressão significativa do Estado de Direito, impondo ao titular do poder o dever de desenvolver-se sem afetar arbitrariamente os direitos fundamentais do indivíduo, que são tutelados pela cláusula – ‘a liberdade e os seus bens’ –, de modo a contribuir eficazmente para o estabelecimento do Estado Democrático de Direito brasileiro.”¹⁶⁹

Como princípio constitucional que é, o devido processo legal é muito amplo, necessitando de uma concretização. O seu conteúdo, portanto, somente pode ser apreendido nas relações jurídicas efetivas. Conseqüentemente, será possível encontrar, ao longo de sua experiência histórica, conteúdo e funções variáveis, que fazem de qualquer tentativa de definição uma mera ilusão tópica. Existe, porém, uma idéia diretiva, uma função primária, que conduz todo esse processo desde o nascedouro – o controle do poder. Este vetor tem comandado seu desenvolvimento, estabelecendo-lhe os limites de atuação.

¹⁶⁸ Maria Rosynete de Oliveira Lima. *Ibidem.*

¹⁶⁹ Maria Paula Dallari Bucci. *Ibidem.*, p. 173.

1.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COM *STATUS* DE NORMA CONSTITUCIONAL

Após discorrermos sobre o devido processo legal nas Constituições brasileiras, entendemos necessário um breve comentário sobre princípios constitucionais para a melhor compreensão da dimensão que o constituinte de 1988 quis dar-lhe ao conferir-lhe status de princípio constitucional explícito.

Os princípios são proposições de caráter geral que servem para informar, orientar determinado ramo do conhecimento. Dão sentido lógico e racional ao sistema, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello princípio consiste em:

“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”¹⁷⁰

Escreve Jorge Miranda que os princípios não se colocam,

¹⁷⁰ Celso Antonio Bandeira de Mello. Elementos de Direito Administrativo. p. 299-300.

além ou acima do Direito, mas também fazem parte do complexo ordenamental. “Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições.”¹⁷¹ Segundo ele:

“A ação mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim, o sentido exato dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente.

Servem, depois, os princípios de elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios ou através da prescrição de princípios.”¹⁷²

Por isso com propriedade ressalta Michel Temer que:

“para a boa interpretação constitucional é preciso verificar, no interior do sistema, quais as normas que foram prestigiadas pelo legislador constituinte ao ponto de convertê-las em princípios regentes desse sistema de valoração. Impende examinar como o constituinte

¹⁷¹ Jorge Miranda. Manual de direito constitucional. 1983. p. 198.

¹⁷² Jorge Miranda. *Ibidem.*, 1983. p. 199-200.

posicionou determinados preceitos constitucionais. (...).”¹⁷³

Destaca Celso Bastos que:

“Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa ganha como força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas.”¹⁷⁴

José Afonso da Silva,¹⁷⁵ apoiado em José Joaquim Gomes Canotilho, ensina que os princípios constitucionais são basicamente de duas categorias: **princípios político-constitucionais**, que se constituem daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo. São esses princípios fundamentais que constituem a matéria dos arts. 1º a 4º do Título I da Constituição; e **princípios jurídico-constitucionais**, que são princípios constitucionais

¹⁷³ Michel Temer. Elementos de Direito Constitucional. p. 22.

¹⁷⁴ Celso Bastos. Curso de direito constitucional, p. 143-4.

¹⁷⁵ José Afonso da Silva. Ibidem., 1999. p. 96-97.

gerais informadores da ordem jurídica nacional. Muitas vezes são desdobramentos dos fundamentais. Exemplo, princípio da isonomia, da legalidade etc.

A Constituição de 1988 traz, em seu primeiro Título, os Princípios Fundamentais¹⁷⁶ da República Federativa do Brasil, como valores albergados pela Constituição a fim de dar sistematização ao texto constitucional, de servir como critério de interpretação e finalmente, o que é mais importante, pulverizar os seus valores sobre o mundo jurídico. O princípio do devido processo legal se encontra expresso no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente no Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos¹⁷⁷.

Por sua disposição topográfica na Constituição podemos constatar que o constituinte de 1988 lhe deu posição de destaque e relevância e conforme observa Luiz Flávio Gomes:

“em razão da importância ímpar do *due process of law*, que em seu duplo aspecto continua mantendo o sentido de limite à atuação do Poder Público, seja nas suas funções executivas ou legislativas, seja nas funções jurisdicionais, não podia o legislador constituinte brasileiro de 1988 deixar de

¹⁷⁶ Princípios fundamentais são os definidores da forma de Estado, da estrutura do Estado, dos princípios estruturantes do regime político e dos princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral.

¹⁷⁷ CF, art. 5º, LIV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

contemplá-lo expressamente na Magna Carta”¹⁷⁸.

Luis Roberto Barroso¹⁷⁹ relaciona em sua classificação o devido processo legal como um dos princípios gerais que limitam a atuação dos Poderes, possuindo mais valoração ética e menos decisão política. E, é desta forma que vemos o devido processo, como limitador da atuação do poder estatal, legitimando o seu exercício. A previsão expressa na Constituição de 1988 lhe deu maior âmbito de abrangência, permitindo interpretação dinâmica, mais ampla possível, de forma bidimensional tanto como *substantive due process*, como *procedural due process*, em proteção aos direitos e garantias individuais.

¹⁷⁸ Luiz Flávio Gomes. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. As garantias Mínimas do Devido Processo Legal. p. 186.

¹⁷⁹ Luis Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 150.

2 DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCESSUAL (*DUE PROCESS OF LAW*)

Os movimentos em prol do constitucionalismo, e conseqüentemente do Estado de Direito, sempre objetivaram a proteção do indivíduo concernente a direitos processuais na esfera criminal, daí o surgimento de garantias como o *Habeas Corpus*, a ampla defesa, entre outros. Em seu aspecto processual o devido processo legal, salvo melhor juízo, consiste em um “princípio assecuratório da regularidade do processo, nas várias instâncias judiciais.”¹⁸⁰ Isto significa que o Estado em sua função de dizer o direito, só poderá privar uma pessoa da liberdade ou de seus bens após observar um conjunto de regras pré-estabelecidas que garantam o direito à ampla defesa, ao contraditório, enfim, ao devido processo legal.

Segundo Humberto Theodoro Júnior,

“a não ser no direito norte-americano, pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que são recentes as preocupações do legislador constitucional e até mesmo da doutrina constitucional com as proteções diretas, em nível de Constituição, do processo como um todo, máxime na área civil.”¹⁸¹

Afirma, ainda que a

¹⁸⁰ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 34.

¹⁸¹ Humberto Theodoro Júnior. *Ibidem.*, p. 11.

“legislação constitucional dos Estados Unidos da América se notabilizou, na matéria, por ter consagrado, de maneira enfática, entre os direitos do homem, aquele do *due process of law*, fonte de notáveis estudos doutrinários e fator mesmo de grande sustentação do regime político daquela nação, e cuja incidência se faz sobre toda a jurisdição, sem excluir, portanto, o processo civil.”¹⁸²

Assim ocorreu também na Argentina, que em sua Constituição de 1853, art. 18, dispôs que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”¹⁸³; no México, o art. 14 da Constituição de 1857, dispõe que “... nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley.”¹⁸⁴

Tal qual ocorreu no direito americano também no direito brasileiro o devido processo legal, em sentido processual, alcança um significado mais restrito, a saber: um dever de possibilitar ao litigante ciência e oportunidade de se defender perante uma autoridade judicial imparcial; de ter procedimento contraditório; de ser representado por advogado (defesa técnica); de ter direito à assistência judiciária, inclusive gratuita, de ser comunicado das ações estatais; de ter uma decisão judicial

¹⁸² Humberto Theodoro Júnior. A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil. p. 11.

¹⁸³ Ver comentário de, Rafael Bielsa, Derecho Constitucional. 3ª ed., Buenos Aires. 1959. p. 428. ver também, Humberto Theodoro Júnior. Ibidem., p. 11.

¹⁸⁴ Ver comentário de, Isidro Montiel y Suarte, Estudio sobre las Garantías Individuales, México, 1873, p. 359. v. tb., Humberto Theodoro Júnior. Ibidem., p. 12.

fundamentada e um julgamento público; direito de arrolamento e notificação de testemunhas para comparecimento perante os tribunais; direito de não ser processado, julgado ou condenado por infração à lei *ex post facto*; direito à igualdade plena entre acusação e defesa; direito à proteção contra medidas ilegais de busca e apreensão; direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas e privilégio contra a autoincriminação. Em suma, no âmbito do processo civil, podem ser consideradas manifestações do *due process of law*: a igualdade das partes; a garantia do *jus actionis*; o respeito ao direito de defesa e o contraditório, com os meios e recursos a ela inerentes.

As Constituições contemporâneas demonstram grande preocupação com a tutela expressa das garantias processuais. Também os legisladores ordinários têm reformado os Códigos processuais com o intuito de adequá-los aos objetivos instrumentais traçados pela Constituição.

Registra Humberto Theodoro Júnior:

“Enfim, hoje, de forma direta ou indireta, impõe-se o reconhecimento de que todas as constituições latino-americanas consagram o direito de ação, seja no cível seja no crime, como um direito fundamental, dando ao direito de defesa em juízo a amplitude necessária para colocá-lo no

nível de 'direito inerente à pessoa humana e inviolável.'"¹⁸⁵

É importante ressaltar que a garantia do devido processo legal no Estado de Direito, exige que a jurisdição seja exercida pelos juizes, segundo procedimentos previamente estabelecidos por lei, cuja inobservância, ensejando prejuízo para as partes, poderá levar à nulidade do ato ou mesmo do processo, conforme o caso. Constitui afronta ao princípio da seqüência procedimental e validade dos termos processuais "a realização viciada de atos do processo, bem como a supressão de fases que importem em discriminação de tratamento entre as partes ou, muito especialmente, em prejuízo para a defesa."¹⁸⁶

O *procedural due process of law* é uma cláusula garantidora de um efetivo acesso à justiça, com ampla defesa, contraditório, liberdade de a parte manifestar a sua pretensão e de apresentar sua defesa, em processo qualificado pela igualdade, publicidade, juiz natural, motivação e coisa julgada.

Conforme assinala José Rogério Cruz e Tucci:

"A garantia constitucional 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

¹⁸⁵ Humberto Theodoro Júnior. *Ibidem.*, p. 12.

¹⁸⁶ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 289.

materializa se constatem todas as formalidades e exigências previstas em lei.”¹⁸⁷

A Constituição brasileira de 1988 contém diversas normas-princípios de direito processual, porém a simples leitura do texto sugere que ela não enumerou exaustivamente os princípios, inclusive os inerentes ao processo. Isto é o que podemos extrair do art. 5º § 2º, que dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

2.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Como se trata da liberdade, a principal garantia do processo penal, como postulado do *due process of law*, é a “presunção de inocência”, que se encontra assegurada expressamente na Constituição de 1988, *in verbis*, no art. 5º, inciso LVII, ao estabelecer que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Na qualidade de inocentes, permanecerão os acusados até que a decisão final condenatória, transitada em julgado do Estado/Juiz,

¹⁸⁷ José Rogério Cruz e Tucci. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). p. 88.

reconheça a autoria, materialidade do ilícito criminal, além da culpabilidade do acusado.

Escreve Carlos Roberto de Siqueira Castro:

“De fato, por sua transcendência em meio às garantias processuais penais, a presunção de inocência granjeou espaço nobre na Declaração Universal dos Direitos do Homem adotada pela ONU em 1948.”¹⁸⁸

O art. 11, *in verbis* da Declaração dispõe:

“Toda pessoa acusada de prática de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, no curso do processo público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Mesmo antes de sua previsão expressa no texto constitucional de 1988, a jurisprudência brasileira já admitia a presunção de inocência no sistema jurídico. O próprio art. 386, do CPP, já determinava a absolvição do réu se não existisse prova suficiente contra ele. Em caso de dúvida o réu deve ser absolvido (princípio do *in dubio pro reo*¹⁸⁹).

Cabe destacar julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em 17 de novembro de 1976, quando reformou decisão proferida

¹⁸⁸ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 267.

¹⁸⁹ O princípio "*in dubio pro reo*", significa que na dúvida decide-se a favor do réu.

pelo Tribunal Superior Eleitoral, na qual se afirmava inconstitucional por incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência, lei federal¹⁹⁰ que estabelecia que cidadãos que fossem denunciados pela prática de crime não eram elegíveis.

Neste sentido, observa Gilmar Ferreira Mendes que na ocasião:

“O Tribunal Superior Eleitoral reconheceu a inconstitucionalidade dessa disposição, por incompatível com o princípio da presunção da inocência. Esse princípio, enquanto postulado universal de direito, referido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁹¹, de 10 de dezembro de 1948, teria sido incorporado à ordem constitucional brasileira, através da cláusula constante do art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69.”¹⁹² (sic)

Foi o voto do então Ministro Leitão de Abreu, no julgamento do recurso que conduziu o Tribunal Superior Eleitoral a essa orientação, *in verbis*:

“Em nosso sistema constitucional, dispensável se faz colocar esse problema, especialmente naquilo que entende com o princípio da presunção de inocência, não tanto em nome do princípio cardinal do direito internacional público –

¹⁹⁰ Lei Complementar nº 5, de 1970, art. 1º, inciso I, alínea “n”.

¹⁹¹ Transcrição do texto do autor, porém no lugar de “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” entenda-se “Declaração Universal dos Direitos Humanos”.

¹⁹² Gilmar Ferreira Mendes et al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 254. v. tb., RE 86.297. Relator: Ministro Thompson Flores. RTJ 79. p. 671.

pacta sunt servanda – mas principalmente em face da regra posta na vigente Carta Política, regra que acompanha a nossa evolução constitucional. Nessa norma fundamental se estatui que ‘a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota’. Ora, o postulado axiológico da presunção de inocência está em perfeita sintonia com os direitos e garantias do regime e dos princípios que ela adota. O valor social e jurídico, que se expressa na presunção de inocência do acusado, é inseparável do sistema axiológico, que inspira a nossa ordem constitucional, encontrando lugar necessário, por isso, entre os demais direitos e garantias individuais, especificados no art. 153 da Constituição Federal. Além de se tratar, desse modo, como declarado com a sua costumeira elegância, o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, de princípio eterno, universal, imanente, que não precisa estar inscrito em Constituição nenhuma, esse princípio imanente, universal e eterno constitui, em nossa ordem constitucional, direito positivo.”¹⁹³

Conforme observa Gilmar Ferreira Mendes:

“O Supremo Tribunal Federal não aderiu a esse entendimento e, por maioria de votos, reformou a decisão, sem negar, no entanto, que o princípio da presunção da inocência poderia encontrar aplicação na ordem jurídica brasileira. Seria legítimo, todavia, o estabelecimento de

¹⁹³ RE 86.297, Relator: Ministro Thompson Flores, RTJ 79, p. 671.

restrições legais ao direito do cidadão, ainda que na ausência de decisão judicial definitiva sobre a sua culpabilidade.”¹⁹⁴

Em seu voto, que traduziu a posição da maioria do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Moreira Alves assinalou que:

“A presunção de inocência é (...) idéia-força que justifica uma série de direitos processuais em favor do acusado no processo penal moderno.

(...). Foi por tomá-la em sentido literal, dando-lhe valor absoluto, por alçá-la à magnitude da categoria dos direitos inerentes à pessoa humana, que a maioria do Tribunal Superior Eleitoral considerou parcialmente inconstitucional a letra “n” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5/1970.

Nesse sentido – sem o qual a inconstitucionalidade em causa perderia sua base de sustentação – não posso considerar a presunção de inocência como daqueles princípios eternos, universais, imanentes, que não precisam estar inscritos nas Constituições, e que, na nossa, teriam guarida na norma residual do § 36 do art. 153. O ataque que sua literalidade tem sofrido pelos adeptos mais conspícuos dos princípios que floresceram à sua sombra o demonstra.

Os fatos – admissão universal das providências admitidas contra a pessoa ou os bens do réu (prisão, seqüestro, arresto, apreensão de bens) – o evidenciam. Se é

¹⁹⁴ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 255. ver RTJ 79. p. 671 (683 ss).

indisputável que a presunção de inocência não impede o cerceamento do bem maior, que é a liberdade, como pretender-se que possa cercear a atuação do legislador no terreno das inelegibilidades, em que, por previsão constitucional expressa, até fatos de ordem moral podem retirar a capacidade eleitoral passiva?

Não tenho, portanto, dúvida alguma sobre a constitucionalidade da letra “n” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5/70.”¹⁹⁵

Anota Gilmar Ferreira Mendes que,

“recusou-se, dessa forma, a posição que acolhia o princípio da presunção da inocência como integrante da ordem constitucional brasileira por força da cláusula de remissão contida no art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69.”¹⁹⁶

Entende que provavelmente “a questão pudesse ter sido discutida, de modo mais plausível, com base no *princípio da proporcionalidade (excesso de poder legislativo)*.”¹⁹⁷

Sobre a presunção de inocência é conveniente destacar também a Súmula nº 9, do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*, “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”. Isto importa dizer que o

¹⁹⁵ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 256. Ver também RE 86.297. Relator: Ministro Thompson Flores. RTJ 79. p. 671 (694).

¹⁹⁶ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 256.

¹⁹⁷ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 256.

princípio da presunção de inocência estabelece como regra geral que se recorra em liberdade. Neste sentido, decisão da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“(…). O paciente, que respondeu a todo o processo em liberdade, foi condenado por tráfico de drogas. O juiz, na sentença, não motivou porque o paciente teria que recolher-se preso para poder apelar. O Tribunal, ao denegar o pedido de ‘Habeas Corpus’, invocou a Súmula nº 09 do STJ. Não se pode ‘interpretar a Constituição conforme a lei ordinária (*gesetzeskonformen Verfassungsinterpretation*)’. O contrário é que se faz. A Lei de Crimes Hediondos (artigo 9º) é que tem de se amoldar à Constituição. **Nossa Constituição, por inspiração constitucional lusa** (artigo 32:2), **consagrou o ‘princípio da presunção da inocência’ e, por influência norte-americana** (Emendas nºs XIV e XV), **o ‘princípio do devido processo legal’**. Ambos os princípios têm conexão com o ‘princípio da liberdade provisória’ (artigo 5º, LXVI). Assim, todo indiciado, ou acusado ou condenado, se presume inocente até que seja irrecorrivelmente apenado. Desse modo, cabe ao juiz, em qualquer circunstância, fundamentar, mesmo em se tratando de ‘crime hediondo’, a razão de o condenado ter de ficar preso para poder apelar. A regra geral é ‘recorrer em liberdade’ (CF, artigo 5º, LXVI); a excepcional, ‘recorrer preso’. A Súmula nº 09 do STJ não briga com tais princípios, pois apenas assevera que ‘a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da

presunção de inocência'. Em outras palavras, só afirma que não se tem de aguardar a formação da coisa julgada para poder ser recolhido à prisão. Recurso Ordinário conhecido e provido.”¹⁹⁸ (grifos nosso)

Maria Rosynete de Oliveira Lima anota que:

“Aos poucos, a construção norte-americana acerca do *due process of law* foi encontrando abrigo em nossa ordem jurídica, a começar pela constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais e o reconhecimento da força normativa de outros direitos e garantias implícitos. Começam as especulações em torno do devido processo legal, em uma séria demonstração de que não bastava a inscrição dos direitos fundamentais em texto constitucional; era preciso encontrar mecanismos hábeis a torná-los eficazes.”¹⁹⁹

Enfim, conforme mencionado, anteriormente, nossa Constituição, consagrou o “princípio da presunção da inocência” e o “princípio do devido processo legal”. Ambos os princípios têm conexão com o “princípio da liberdade provisória” (artigo 5º, LXVI). Assim, todo indiciado, ou acusado ou condenado, se presume inocente até que seja irrecorrivelmente apenado. A presunção de inocência é idéia-força que justifica uma série de direitos processuais em favor do acusado no processo

¹⁹⁸ (STJ - 6ª T.; Rec. em HC nº 4.365-2-RN; Rel. Min. Adhemar Maciel; j. 13.03.1995; v.u.; DJU, Seção I, 03.04.1995, p. 8.149, ementa.) BAASP, 1901/58-e, de 31.05.1995.

¹⁹⁹ Maria Rosynete de Oliveira Lima. *Ibidem*.

penal moderno.

2.2 DIREITO AO SILÊNCIO

A Constituição Federal, art. 5º, inciso LXIII, dispõe que: “o preso será informado dos seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. O Pacto de San José da Costa Rica de 22/11/92, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Presidente da República em exercício na época, por meio do Decreto 678, de 06/11/92, publicado no D.O de 09/11/92, em seu art. 8º, nº 2, alínea g, estabeleceu que: “toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”. Da leitura do artigo supracitado da Constituição brasileira de 1988 e do Pacto de São José da Costa Rica, se pode concluir claramente o direito garantido ao acusado em geral de não produzir provas contra si.

Todavia o artigo 186, do CPP prescrevia que: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. Analisando-o frente aos direitos fundamentais do indivíduo e mais especificamente do devido processo legal, não se pode admitir num Estado de Direito que o acusado

possa ter negado o direito de permanecer calado sob pena de ser considerado culpado.

Maria Garcia, apoiada em Joel M. Gora, menciona que,

“o moderno privilégio constitucional contrário à auto-incriminação originou-se como reação aos excessos da Santa Inquisição e à *Court of Star Chamber*, séculos atrás: ‘O direito contra a auto-incriminação é central, para nosso sistema penal, em que o réu presume-se inocente até a prova da culpa, o ônus da prova é do Estado e o réu não necessita apresentar evidências contra si mesmo ou pela sua própria boca.’”²⁰⁰

Ainda apoiada em Joel M. Gora escreve Maria Garcia que a Suprema Corte americana em diversas decisões têm dado ênfase contra a auto-incriminação, ao afirmar que:

“Será difícil imaginar métodos mais revoltantes para o senso de justiça do que aqueles utilizados para obter a confissão dos incriminados e o uso de confissões assim obtidas como base para convencimento e sentença foi uma clara negação do devido processo.”²⁰¹

²⁰⁰ Maria Garcia. O Devido Processo Legal e o direito de permanecer calado. A tortura. *passim*. v., tb., *The right to remain silent*, J.M. Gora, *Due Process of Law*. Nova York. National Notebook. 1978. p. 53. “The right against self-incrimination is central to our accusatorial system of justice, where the defendant is presumed innocent until proven guilty, the burden of proving/guilt is on the state, and the defendant need not present evidence against himself, or convict himself *out of his own mouth*”. (tradução de Maria Garcia)

²⁰¹ Maria Garcia. *Ibidem.*, C.f., J.M. Gora, *Due Process of Law*. Nova York. National Notebook. 1978. p. 57. (*Brown v. Mississippi*) “It would be difficult to conceive of methods more revolting to the sense of justice than those taken to procure the confessions thus obtained as the basis for conviction and sentence was a clear denial of process”. (tradução de Maria Garcia).

Sobre o tema convém transcrever aqui, despacho do Ministro Sepúlveda Pertence proferido no *Habeas Corpus* nº 79.244-8/DF, expondo os abusos cometidos pela CPI do Judiciário instaurado no Senado Federal, com violação de garantia a mero indiciado:

“A Constituição explicitou dispor a Comissão Parlamentar de Inquérito dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, entre os quais avulta de importância o de intimar, fazer comparecer, se for o caso, e tomar o depoimento de qualquer pessoa sobre o fato determinado a cuja apuração se destinar: *the power to send for persons*.

Mas se o poder que detém a CPI é o das autoridades judiciais – e não maior que o dessas – segue que a ela se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis ao poder instrutório dos juízes.

Entre tais restrições, duas geram delicados pontos de tensão com a obrigação de falar a verdade: o dever do sigilo, a que esteja sujeita por lei a testemunha, e a garantia constitucional contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* – que tem sua manifestação mais eloqüente no direito ao silêncio, invocado no caso pelo paciente.

Trata-se assinalou o presidente do Tribunal, o eminente Ministro Celso de Mello (HC n. 77.704,31.07.1998, desp. Liminar, DJ 19.08.1998) – de direito público subjetivo revestido de expressiva significação político-jurídica que

impõe limites bem definidos à própria atividade persecutória exercida pelo Estado. Essa prerrogativa jurídica na realidade institui um círculo de imunidade que confere tanto ao indiciado quanto ao próprio acusado proteção efetiva contra a ação eventualmente arbitrária do poder estatal e de seus agentes oficiais.

O interrogatório judicial para ser validamente efetivado deve ser precedido da regular cientificação dirigida ao réu de que este tem o direito de permanecer em silêncio não estando obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas e nem podendo resultar-lhe do exercício legítimo dessa prerrogativa qualquer restrição de ordem jurídica no plano da persecução penal contra ele instaurada.

O privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo de estatura constitucional assegurado a qualquer indiciado ou imputado pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política. Convém enfatizar neste ponto que ‘Embora aludindo ao preso a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (...) a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente a acusação.’^{202/203}

O Supremo Tribunal Federal entendia estar preservado o direito do réu ou do indiciado a permanecer calado ou recusar-se a fornecer

²⁰² Antonio Carlos Magalhães Gomes Filho. *Direito à Prova no Processo Penal*. p. 113.

²⁰³ Adauto Suannes. *Ibidem.*, p. 273-274.

prova que o possa incriminar, em processos judiciais²⁰⁴. Pronunciou-se o Ministro Celso de Mello em decisão em *Habeas Corpus*:

“O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo depor por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal.”²⁰⁵

Afirma ainda que:

“O privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo, de estatura deferida e expressamente assegurado em favor de qualquer pessoa pela Carta Política.

Esse direito – que assume valor fundamental – é plenamente oponível aos agentes estatais pelos depoentes, qualquer que seja a natureza de que se revista o procedimento em que tenham sido convocados regularmente para depor.”²⁰⁶

Anota o Ministro “nenhuma conclusão desfavorável à situação jurídica da pessoa que invoca essa cláusula de tutela pode ser extraída de sua válida e legítima opção pelo silêncio.”²⁰⁷

²⁰⁴ Ver. HC n. 77.135, Galvão, 08.09.98; HC n. 75.527, Moreira, 17.06.97; HC n. 68.929, Celso, 22.10.1991, RTJ 149/494; RE n. 199.570, M. Aurélio; HC n. 78.708, 09.03.1999.

²⁰⁵ *Habeas Corpus* 71.421-8/RS, de 25.04.1994, in RTJ 141/512.

²⁰⁶ *Habeas Corpus* 71.421-8/RS, de 25.04.1994, in RTJ 141/512.

²⁰⁷ *Habeas Corpus* 71.421-8/RS, de 25.04.1994, in RTJ 141/512.

Ensina Rogério Lauria Tucci que o direito de permanecer calado

“não pode importar desfavorecimento do imputado, até mesmo porque consistiria inominado absurdo entender-se que o exercício de um direito, expresso na Lei das Leis como fundamental do indivíduo, possa acarretar-lhe qualquer desvantagem”²⁰⁸.

Segundo lição de J.J. Gomes Canotilho²⁰⁹:

“Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da república significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do ‘homo noumenon’, ou seja, o indivíduo como limite e fundamento do domínio político da república”²¹⁰.

Porém é importante recordar que nem sempre foi assim, basta nos reportarmos ao ocorrido na Inglaterra no início do século XVII.

Conforme lição de Adauto Suannes:

“No início do século XVII havia na Inglaterra várias cortes de justiça por todo o país. Além das cortes regulares, havia as cortes eclesiásticas, que julgavam não apenas os religiosos, mas também os leigos em questões de

²⁰⁸ Rogério Lauria Tucci. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. p. 396.

²⁰⁹ Professor da Faculdade de Direito de Coimbra.

²¹⁰ José Joaquim Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 219.

consciência e má conduta. Além disso, havia um Tribunal Eclesiástico (a *Court of High Comission*), encarregado de punir os erros, as heresias e os cismas, cuja atuação era regida pelo Direito Canônico. Por fim, a tristemente famosa *Court of Star Chamber*, que poderia avocar o julgamento de qualquer caso criminal ocorrido em qualquer lugar do país.

Não havia em nenhum deles o mínimo respeito à pessoa do acusado, sendo seu interrogatório ‘the central feature of the criminal proceeding’, como disse o historiador W. Holdsworth. O juramento, no entanto, primitivamente somente era prestado nas cortes eclesiásticas, passando a ser adotada, mais tarde, também na *Star Chamber*, com o claro propósito de exercer pressão sobre o acusado.

Daí decorreu que, tantos foram os abusos, tal regra viesse a ser revogada, passando a prevalecer o princípio inverso: falar ou silenciar era um direito do acusado.”²¹¹

Cabe mencionar a título de exemplo o ocorrido na Inglaterra, quando do julgamento de John Lilburne, um puritano acusado de imprimir e importar livros heréticos e sediciosos.

“Era a época do confronto entre o *commom-law* e o *canon-law*, quando os julgamentos da *Star Chamber* estavam no auge. Lilburne, em 1637, uma vez preso, recusou-se a prestar o juramento a que estavam obrigados todos os acusados. Os juízes da Câmara estenderam-lhe a

²¹¹ Adauto Suannes. *Ibidem.*, p. 268.

Bíblia, para que, antes de ser interrogado, jurasse sobre ela. ‘to what?’, indagou ele de modo insolente. ‘That you shall make true answer to all things that are asked of you’, esclareceram-lhe. ‘Must I do, Sir? But before I swear, I will know to what I must swear’, justificou ele com carradas de razão. Como alguém pode jurar que irá dizer a verdade se não sabe qual o conteúdo da pergunta? A resposta não poderia ser mais autoritária: ‘As soon as you have sworn, you shall, but not before’. Assim que jurar nós lhe diremos qual é a acusação. Diante de tal impasse, ele não deixou por menos: ‘Eu não pretendo responder a mais nenhuma pergunta porque percebo a intenção de me interrogarem para me comprometerem’, disse ele por fim a seus julgadores. ‘Sei que tanto pela lei de Deus como pela lei da terra tenho direito a uma defesa justa e a não responder a este interrogatório’. Ele veio a ser condenado a ser chicoteado em público ‘for his boldness in refusing to take a legal oath’.

Dois anos depois, com a dominação do Parlamento inglês pelos puritanos e por advogados, tal decisão veio a ser revista, por ser ela contrária à Magna Carta, sendo o réu indenizado em £ 3.000 (três mil libras). A *Star Chamber* foi extinta e foram proibidos os tribunais eclesiásticos de impor aos acusados qualquer juramento que implicasse em confissão ou auto-acusação de um crime. Ano de evento: 1640.²¹²

Já no direito americano, importante referência sobre o tema

²¹² Adauto Suannes. *Ibidem.*, p. 269.

em testilha foi a celeuma que causaram as decisões da Suprema Corte norte-americana no julgamento do *Case Miranda*. Neste caso ocorre contemplação jurisprudencial dos desdobramentos do princípio do direito ao silêncio e do descabimento ético da auto-incriminação. Os críticos questionavam o detalhamento excessivo das providências a serem tomadas pelos policiais ao abordarem um suspeito. Observa Aduino Suannes que,

“(…), a Suprema Corte norte-americana, ao ensejo do julgamento do *Case Miranda*, deixara dito que os agentes policiais não poderiam exercer sobre os detidos, isto é, aquelas pessoas por eles abordadas, qualquer tipo de coação, quer física, quer psicológica, para deles extraírem informação que pudesse vir a prejudicar os questionamentos no futuro. Deveriam os policiais advertir o suspeito de seu direito ao silêncio, bem como do direito de consultar advogado antes de depor.”²¹³

Cumprir mencionar ainda o que ensina Aduino Suannes sobre a proveniência e antecedentes deste princípio:

“(…)”: qual a proveniência do princípio que assegura a todos os réus (e não apenas aos presos) o direito de manter-se calado quando for interpelado sobre os fatos que podem incriminá-lo? Quais os antecedentes desse princípio?

Aqui há a considerar dois fatos distintos: o contido na 5ª Emenda da Constituição norte-americana e a interpretação

²¹³ Aduino Suannes. *Ibidem.*, p. 270.

que a doutrina e a jurisprudência daquele país vêm dando a essa garantia constitucional.”²¹⁴

Após discorrermos sucintamente sobre alguns fatos ocorridos na Inglaterra no século XVII, podemos compreender com mais clareza a preocupação dos que redigiram a chamada *self-incrimination clause* da 5ª Emenda. Neste sentido, observa Ralph Rossum, o seguinte:

“para entender a intenção original daqueles que redigiram a chamada *self-incrimination clause* da 5ª Emenda deve-se ter presente o preceito do *nemo tenetur se ipsum accusare* e as lutas ocorridas nos séculos XVI e XVII na Inglaterra. No que diz com o direito norte-americano, deve-se, ainda segundo ele, levar em conta o processo de ratificação da Constituição Federal e o que já se continha em muitas das Constituições estaduais. Mas, acima de tudo, diz ele, deve-se considerar o fato de que o *Bill of Rights* expressa uma crença na garantia da liberdade pessoal, como já observava o *judice* Marshall Harlan, em 1964. Concluía então Harlan que certamente os autores da Constituição não se preocuparam tanto em proclamar direitos individuais, mas, antes de tudo, preocupava-os ‘*the kind of Government*²¹⁵ *the Union was to have.*’²¹⁶ (grifo nosso)

Ou seja, não adianta o legislador prever direitos fundamentais se os aplicadores do direito não buscarem a melhor

²¹⁴ Adatao Suannes. *Ibidem.*, p. 265.

²¹⁵ Por Governo neste contexto deve-se entender não apenas o Poder Executivo. A expressão aqui compreende os três *branchs*: Executivo, Legislativo e Judiciário.

²¹⁶ Ralph Rossum. *apud* Adatao Suannes. *Ibidem.*, p. 272.

interpretação *secundum legis* dos que o incluíram na Constituição.

Conforme assinala Aduino Suannes,

“No Brasil, inúmeras têm sido as decisões que, sem maiores cuidados, concluem que o silêncio do suspeito diante da autoridade policial é claro sintoma de culpa, pois essa não é a conduta de alguém efetivamente inocente.”²¹⁷

O processo constitui-se em instrumento pelo qual o Estado garante a liberdade jurídica, o direito a uma decisão justa para o réu. Nele se pressupõe a garantia de contraditório, ampla defesa, juiz natural, uma sentença fundamentada, a proibição de tribunal de exceção, a proibição de tortura e meios cruéis para obtenção de prova, dentre outros direitos.

Para Maria Garcia:

“Se o método da tortura visa, exatamente, ‘a obtenção da verdade’ – até em nome de pretensos direitos, da segurança do Estado, da segurança da sociedade, e outros – como conciliar o seu uso com o direito de permanecer calado, dentro do devido processo legal?”²¹⁸

Afirma ainda que

“o método do inquérito policial deverá sofrer, no direito brasileiro, reformulação ampla e abrangente da visualização

²¹⁷ Aduino Suannes. *Ibidem.*, p. 272.

²¹⁸ Maria Garcia. *Ibidem.*, p. 105-106.

do devido processo legal, técnicas científicas policiais, forma e fundo da atuação do Estado nesse aspecto.”²¹⁹ Conclui dizendo “tratar-se, na origem e fundamento de tais questionamentos, do princípio fundamentador do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa.”²²⁰

O art. 186 do CPP, com a redação anterior não foi recepcionado pela Carta constitucional, tendo sido revogado pelo fenômeno da não-recepção. A aplicação desse artigo implicava confronto claro a cláusula do devido processo legal. Este é o entendimento que prevalecia nos Tribunais Superiores. Magalhães Noronha ainda na vigência da Constituição de 67/69, ensinava que: “É o interrogatório meio de prova, (...), mas também é de defesa e, conseqüentemente, o acusado pode mentir e negar a verdade, pois não é obrigado a depor contra si.”²²¹

O Estado utilizando o processo como instrumento para a realização do direito substancial penal, deve cumprir sua função de tornar viável a aplicação da pena, para isso deve observar os direitos e liberdades individuais, do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, entre outros.

Finalmente o art. 186 do CPP foi alterado pelo legislador ordinário em observância à Constituição para constar que:

²¹⁹ Maria Garcia. *Ibidem.*, p. 105-106.

²²⁰ Maria Garcia. *Ibidem.*, p. 105-106.

²²¹ E. Magalhães Noronha. *Curso de Direito Processual Penal*. p. 108.

“Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”

O silêncio, o direito de permanecer calado, é meio de defesa, inclusive, não podendo ser utilizado, jamais, contra o interrogado, a despeito de qualquer prejuízo, este já era o entendimento da jurisprudência e da doutrina. Isto se pode verificar em inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o direito de permanecer calado:

“Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica do imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. ‘Nemo tenetur se detegere’. Ninguém pode ser constrangido a confessar prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual do acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática de infração

penal.”²²²

Sobre o direito ao silêncio como regra constitucional anota Julio Fabbrini Mirabete, que: “(...). Não está o indiciado obrigado, porém, a responder às perguntas que lhe forem feitas, pois é um direito individual assegurado na Constituição o de permanecer calado (art. 5º, LXIII).”²²³ No interrogatório em Juízo:

“O Código dispõe que o réu não está obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, acrescentando que o silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa. Essa ressalva, porém, foi revogada pelo artigo 5º, LXIII, da CF, que prevê o direito do réu de permanecer calado, sem restrição, proibindo, assim, que decorra do silêncio qualquer conseqüência desfavorável ao acusado (*nemo tenetur se detegere*). Decorre, aliás, dos princípios da presunção da inocência, do contraditório e da ampla defesa²²⁴.”²²⁵

Deste modo, evidencia-se não trazer nenhuma novidade a modificação estabelecida pelo legislador ordinário que só fez adequar o art. 186 do Código de Processo Penal ao dispositivo constitucional que prevê, entre os direitos e garantias individuais, o direito de permanecer calado.

É dever do Juiz em observância ao devido processo legal

²²² (HC 68.929-9-SP-DJU de 28.08.92, p. 13.453)

²²³ Julio Fabbrini Mirabete. Código de Processo Penal Interpretado. p. 45.

²²⁴ Julio Fabbrini Mirabete. *Ibidem.*, p. 241.

²²⁵ Neste sentido também: Celso Bastos e Ives Gandra Martins (Comentários à Constituição, Saraiva, 1989, p. 295-297) e Tourinho Filho (Processo Penal, Saraiva, 4º volume, 1990, p. 240 e 246).

advertir o acusado de que não está obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas.

2.3 GARANTIA AO CONTRADITÓRIO PLENO E EFETIVO

Tanto no processo civil como no processo penal é imprescindível garantir ao acusado o direito a uma defesa consistente, ampla e irrestrita que o possibilite de apresentar os fatos que julgar necessário para a sua defesa. O acusado não pode mais ser um mero espectador no aguardo de uma sentença final, para isso deve o juiz atuar no sentido de propiciar as partes tratamento igualitário, imparcial (art. 125, inciso I, do CPC). A Constituição brasileira de 1988 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” (art. 5º, inciso LV).

Apesar de a nova e democrática Constituição brasileira incorporar o que há de melhor e mais atualizado em matéria de condições para a legalidade da prisão pelos princípios nela estabelecidos, observa Carlos Roberto de Siqueira Castro, o seguinte:

“Mas, a grande aplicação da cláusula *due process of*

law na jurisdição penal dá-se com relação aos princípios do ‘contraditório’ e da ‘ampla defesa’ anteriormente previstos no art. 153, parágrafos 15 e 16 da Carta de 1969, que corporificam no Direito Constitucional brasileiro o postulado do devido processo legal ante a lacuna do texto constitucional acerca desse indispensável instituto protetor das liberdades públicas.”²²⁶

Na concepção de Ada Pellegrini Grinover o contraditório e a ampla defesa, consistem ao mesmo tempo em garantia das partes, do processo e da jurisdição, *in verbis*:

“Garantia das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do ‘devido processo legal’, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo. Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões”²²⁷.

Do contraditório advém a necessidade de informação e a

²²⁶ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 271.

²²⁷ Ada Pellegrini Grinover. *O Processo Constitucional em marcha - Contraditório e Ampla Defesa em Cem Julgados do Tribunal de Alçada de São Paulo*. p. 7.

possibilidade de reação, ou seja, as partes devem ter ciência dos fatos que lhe são imputados e oportunidade para se defender dos mesmos. O principal objetivo do devido processo é a garantia dos direitos individuais, assegurando as partes no processo uma decisão justa imparcial. Ensina Ada Pellegrini Grinover: “Se o escopo da cláusula é a proteção de direitos individuais, somente assegurando o contraditório e a igualdade das partes poderá o juiz proferir imparcialmente sua decisão”²²⁸, é incumbência do juiz garantir que o devido processo legal, seja respeitado no processo civil ou penal, nem que para isso precise adiar ou mesmo anular uma audiência se entender, por exemplo, que a defesa técnica está sendo ineficiente, prejudicando o réu.

Mesmo as decisões judiciais devem ser fundamentadas para exercício do direito de defesa por meio da interposição de recurso. Trata-se inclusive de princípio de direito internacional previsto no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (ONU): “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do **fundamento** de qualquer acusação criminal contra ele”. (grifo nosso) Seguindo esta orientação o constituinte pátrio de 1988, dispôs no inciso IX, do art. 93, que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de

²²⁸ Ada Pellegrini Grinover. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. p. 40.

nulidade, (...)”.

Ensina Carlos Roberto de Siqueira Castro que “o instituto do devido processo legal encarna na jurisdição penal o conjunto de garantias atinentes ao contraditório, servindo para invalidar qualquer ato (ou omissão) que importe em prejuízo para a defesa.”²²⁹ O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 523 assinalou que “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu.”

Ensina Eduardo Couture que “o que se exige para a garantia efetiva do devido processo legal não é um mero procedimento, mas sim um verdadeiro processo com todas as garantias possíveis para que se tenha uma sentença justa.”²³⁰

2.4 PROCEDURAL DUE PROCESS APLICADO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Para a prática de determinados atos, carece a Administração Pública de realizar anteriormente um procedimento administrativo com o escopo de cumprir determinadas formalidades legais que levarão ao ato

²²⁹ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 276.

²³⁰ “Se necessita, no ya un procedimiento, sino un proceso. El proceso no es un fin sino un medio; pero es el medio insuperable de la justicia misma. Privar de las garantías de la defensa em juicio, equivale, virtualmente, a privar del derecho.” Eduardo Couture, “Inconstitucionalidad por Privación de la Garantía del Debido Proceso”, constante do livro *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979, tomo I, p. 194. (tradução livre)

conclusivo, como, por exemplo, em concursos públicos, licitações, lançamentos de tributos e etc.

Com o reconhecimento como direito fundamental do homem a garantia de não poder sofrer restrições ao direito de liberdade, propriedade sem um processo previsto em lei e como também no processo administrativo direitos inclusive fundamentais poderão ser restringidos, o constituinte originário estendeu garantias como o devido processo legal inclusive aos procedimentos administrativos.

Cabe observar, que há críticas da doutrina a utilização da expressão “processo administrativo”, pela tradição já consagrada do termo “processo” no sentido estrito senso, ser voltado para a jurisdição, e não para a atividade administrativa. Em relação a esta se utiliza costumeiramente procedimento, embora, em alguns casos, existe um processo, perfeitamente caracterizado e dotado de elementos que o assemelhem ao judicial, diferenciando-se todavia deste pela peculiaridade do seu objeto e singularidade de sua forma. “À Administração Pública vinculou-se o instituto do ato administrativo, deixando que o processo fosse apropriado pelo ramo do direito encarregado do exercício da jurisdição.”²³¹

Somente no final do século XIX e início do século XX é que

²³¹ Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Ibidem.*, p. 199. Nesse sentido, v. tb., Real, Alberto REAL, Alberto Ramón – Procedimiento administrativo comparado. In Marienhoff, Miguel S. et alii – Procedimiento administrativo. Tucuman: Ediciones UNSTA, 1982, p. 195.

a doutrina alemã, a italiana e a francesa com certa moderação faz menção ao procedimento administrativo como um conjunto de atos que se ordenam, para atingirem a um determinado fim que seja de interesse público.

Assinala Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“O Estado Democrático de Direito pressupõe uma Administração Pública e põe um direito administrativo compreendidos, explicados e vividos segundo os princípios que o norteiam, dos quais releva o da participação livre do cidadão no exercício do poder, aí inserida a fase de controle da competência desempenhada. Pelo que o contraditório livremente posto e impessoal, pública e eticamente considerado e resolvido faz parte da dinâmica administrativa.”²³²

O processo administrativo como um instrumento realizador de direitos, atualmente, encontra-se inserido em qualquer Administração Pública Democrática, para isso, deve estar protegido por princípios norteadores do Estado Constitucional de Direito. “A necessidade de se transportá-lo para a sede constitucional impôs-se, então, em razão das transformações tanto do Estado quanto dos princípios que o regime político democrático ostentam.”²³³ O art. 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988, com a seguinte redação, dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são

²³² Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Ibidem.*, p. 200.

²³³ Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Ibidem.*, p. 200.

assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Ensina Odete Medauar que,

“entre fins da década de 20 e fins da década de 40 vai emergindo outra concepção de processo administrativo, não mais integrado ao próprio ato em que resulta, mas como o aspecto dinâmico de um fenômeno, ou seja, como o desenvolver-se de um fenômeno em direção a um certo efeito: o processo como sucessão de fases ou de atos. Os momentos ou fases, assim, não se confundem com o próprio ato final, nem significam um de seus aspectos.”²³⁴

Ao dispor à Constituição brasileira expressamente sobre o devido processo legal, quis estender a aplicação de tal garantia inclusive para a proteção do processo administrativo, que no Estado de Direito deve ser norteado por princípios como o do contraditório, a ampla defesa e etc., objetivando assim um procedimento administrativo transparente, justo.

Neste sentido Humberto Theodoro:

“Tudo aquilo que era explícito apenas para o processo penal, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, através de todos os meios e recursos inerentes ao *devido processo legal*, agora é endereçado, em texto claro e direto, também ao **processo civil**, e até mesmo ao **processo**

²³⁴ Odete Medauar. A processualidade no direito administrativo. p. 58.

administrativo. Em suma, é uma garantia fundamental a de que, onde houver um processo para solucionar um litígio, seja perante a Justiça, seja perante a Administração, presente estará a garantia constitucional do *due process of law*, em toda sua extensão.”²³⁵ (grifos nosso)

Diversos outros princípios estão estabelecidos na Constituição de 1988, como, por exemplo, o direito de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a” que dispõe: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso do poder”. Neste dispositivo o direito de petição não pode ser confundido com o direito de ação judicial previsto no inciso XXXV, do mesmo artigo, mas do direito de petição aos Órgãos Públicos, direito este que não visa somente garantir o acesso a Administração Pública, mas também delimitar o processo administrativo, principalmente quando objetivar a impugnação de algum ato de ilegalidade ou de abuso de poder, ou seja, consiste na garantia de um processo, com direito a contraditório, ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes.

Conforme observa Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“O direito de petição não começa e termina no pedido do administrado ou do agente público. A petição,

²³⁵ Humberto Theodoro Júnior. A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil. p. 15.

obviamente, é apenas a primeira peça de um processo, que se desenrola, formalmente, para a obtenção do resultado segundo os princípios estabelecidos. Tal resultado mais não é que a prática eficaz, eficiente e justa da atividade administrativa juridicamente concebida.”²³⁶

É o que se depreende do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei 8112/90), art. 143, “a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.”

Entendemos que a intenção do constituinte foi a de tutelar todo o ato administrativo que, apesar de terem características específicas, envolvem litígios de interesses e necessitam, por isso, observar o contraditório, a ampla defesa, assim como outros princípios. O processo administrativo vem ganhando características próprias, tornando-se cada vez mais autônomo, basta analisar a Lei 9.784/99, editada para estabelecer rito processual para a Administração Pública Federal.

²³⁶ Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Ibidem.*, p. 201.

2.4.1 Inobservância de procedimento administrativo de notificação prévia e o devido processo legal

A inobservância de procedimento poderá caracterizar afronta a princípios constitucionais fundamentais, que dependendo do gravame que causar ao prejudicado ensejará a nulidade ou não do ato da Administração Pública. A jurisprudência e a doutrina têm se posicionado no sentido de não aceitar a inobservância do devido processo legal. Isto fica evidenciado em diversas obras doutrinárias e decisões do Judiciário sobre questões de trânsito, de desapropriação entre outras.

Os Tribunais Superiores reiteradamente têm decidido que o devido processo legal deve ser observado nos procedimentos administrativos sob pena de nulidade da sanção aplicada. Neste sentido foi o voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, no julgamento do Recurso especial nº 426.084-RS, onde destaca a importância das garantias pétreas constitucionais da ampla defesa e contraditório no procedimento administrativo, aplicando por analogia a Súmula 127/STJ, a saber:

“1. O sistema de imputação de sanção pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei n.º 9.503/97) prevê duas notificações, a saber: a primeira referente ao cometimento da infração e a segunda inerente à penalidade aplicada, desde que superada a fase da defesa quanto ao cometimento, em si, do ilícito administrativo. Similitude com o processo judicial, por isso que ao imputado concede-se a garantia de defesa

antes da imposição da sanção, sem prejuízo da possibilidade de revisão desta.

2. Nas infrações de trânsito, a análise da consistência do auto de infração à luz da defesa propiciada é premissa inafastável para a aplicação da penalidade e consectário da garantia da ampla defesa assegurada no inciso LV, do artigo 5º da CF, como decorrência do *due process of law* do direito anglo-norte-americano, hoje constitucionalizado na nossa Carta Maior.

3. A garantia da plena defesa implica a observância do rito, as cientificações necessárias, a oportunidade de objetar a acusação desde o seu nascedouro, a produção de provas, o acompanhamento do iter procedimental, bem como a utilização dos recursos cabíveis.

4. A Administração Pública, mesmo no exercício do seu poder de polícia e nas atividades *self executing* não pode impor aos administrados sanções que repercutam no seu patrimônio sem a preservação da ampla defesa, que in casu se opera pelas notificações apontadas no CTB.

5. Sobressai inequívoco do CTB (art. 280, *caput*) que à lavratura do auto de infração segue-se a primeira notificação *in facie* (art. 280, VI) ou, se detectada a falta à distância, mediante comunicação documental (art. 281, parágrafo único, do CTB), ambas propiciadoras da primeira defesa, cuja previsão resta encartada no artigo 314, parágrafo único, do CTB em consonância com as Resoluções 568/80 e 829/92 (art. 2º e 1º, respectivamente, do CONTRAN).

6. Superada a fase acima e concluindo-se nesse estágio do procedimento pela imputação da sanção, nova notificação deve ser expedida para satisfação da contraprestação ao cometimento do ilícito administrativo ou oferecimento de recurso (art. 282, do CTB). Nessa última hipótese, a instância administrativa somente se encerra nos termos dos artigos 288 e 290, do CTB.

7. Revelando-se procedente a imputação da penalidade, após obedecido o devido processo legal, a autoridade administrativa recolherá, sob o pálio da legalidade a famigerada multa pretendida abocanhar açodadamente.

8. A sistemática ora entrevista coaduna-se com a jurisprudência do E. STJ e do E. STF as quais, malgrado admitam à administração anular os seus atos, impõe-lhe a obediência ao princípio do devido processo legal quando a atividade repercute no patrimônio do administrado.

9. No mesmo sentido é a *ratio essendi* da Súmula 127, do STJ que inibe condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento da multa, da qual o infrator não foi notificado.

10. Recurso Especial desprovido.(...).²³⁷

O Código de Trânsito Brasileiro prevê mais de uma notificação ao Infrator, sendo uma na lavratura do auto de infração, quando

²³⁷ AG 568353 - RS (2003/0214867-3). Agravante: Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Sul - DAER/RS Ministro Luiz Fux. DJ DATA: 25/03/2004. (Resp. n.º 426084, Rel. Min.Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 02/12/2002, p. 242). V. tb., (REsp n.º 506104/RS, DJ de 04/08/2003, Rel. Min. Luiz Fux).

é disponibilizado prazo para oferecimento de defesa prévia; e outra quando da aplicação da penalidade pela autoridade de trânsito.

A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de considerar ilegal, como condição para o licenciamento, a exigência do pagamento de multa imposta sem prévia notificação do infrator para defender-se em processo administrativo²³⁸. Observa ainda o STJ que:

“A autuação *in facie* do infrator torna inexigível posterior notificação, sendo esta equivalente àquela (art. 280, VI, do CTB). A notificação da autuação *in facie* deve anteceder o lapso de 30 (trinta) dias para que seja enviado o auto de infração para pagamento, em virtude de que este é o prazo mínimo exigido pela legislação para o oferecimento da necessária defesa prévia. Se todavia, o veículo estiver na posse de outrem que não o proprietário, este assume a responsabilidade por tal ato, exceto se, comprovadamente, por meio de ocorrência policial ou justificativa de motivo de força maior ou caso fortuito, não teve o proprietário agido para tal desiderato.”²³⁹

Por isso, reiteradamente decisões do judiciário têm

²³⁸ STJ Súmula nº 127. É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado.

²³⁹ “Administrativo. mandado de segurança. renovação de licença de veículo. pagamento de multa. notificação do infrator. direito de defesa. irregularidade da constituição do débito. Recurso Especial provido. I - Não se pode renovar licenciamento de veículo em débito de multas. Para que seja resguardado o direito de defesa do suposto infrator, legalmente assegurado, contudo, é necessário que ele (infrator) seja devidamente notificado, conforme determinam os artigos 194 e 210 do Decreto nº 62.127, de 1968, alterado pelo Decreto nº 98.933/90. II - A jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de que, não havendo prévia notificação do infrator, para exercitar seu direito de defesa, é ilegal a exigência do pagamento de multas de trânsito, para a renovação de licenciamento de veículo. Súmula 127-STJ. III - Recurso provido, sem discrepância.” (REsp nº 89265/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 01/07/1996).

considerado ilegal o procedimento para imposição de penalidade pela prática de infração de trânsito sem observância ao contraditório e à ampla defesa. Alega-se violação aos arts. 281, 282 e 314, parágrafo único, do Código de Trânsito Brasileiro²⁴⁰.

Transcreveremos trechos do voto do Ministro JOSÉ DELGADO:

“Por meio de uma leitura mais atenta dos dispositivos do Capítulo XVIII, do Código de Trânsito Brasileiro, pode-se depreender que a autoridade de trânsito, qualquer que seja a penalidade, antes do julgamento da consistência do auto de infração e da aplicação da penalidade, deverá notificar o ainda suposto infrator da existência do auto para que ele, querendo, ofereça defesa.

Dispõe o artigo 280, do CTB, em seu inciso VI, que do auto de infração constará a "assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração". O texto da lei não contém palavras sem importância nem prevê procedimentos desnecessários. Se o dispositivo supracitado dispõe que a assinatura do infrator no auto valerá como notificação do cometimento da infração é porque tal notificação é necessária e anterior ao julgamento da consistência do auto e da aplicação da penalidade.

De fato, não se pode imaginar como alguém que seja

²⁴⁰ O comando constante do art. 281, parágrafo único, II, do CTB, é no sentido de que, uma vez não havendo notificação do infrator para defesa dentro do lapso de trinta dias, opera-se a decadência do direito de punir do Estado. Nessa esteira, há julgado emanado da egrégia 1ª Turma do STJ. (REsp nº 446836/RS).

flagrado, por exemplo, em excesso de velocidade por uma barreira policial e comunicado in facie da lavratura do auto de infração, impondo neste sua assinatura, tenha um tratamento diferenciado daquele que comete a mesma infração, mas é flagrado por um dispositivo eletrônico, tomando conhecimento da existência do auto somente após a imposição da penalidade.

Ainda na regulamentação do processo administrativo de julgamento e aplicação de penalidades de trânsito, dispõe o parágrafo único, do artigo 281, do CTB que ‘o auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente (...) II - se, no prazo máximo de trinta dias, não for expedida a notificação da autuação’.

Ressalta-se que, embora o *caput* do dispositivo diga respeito à aplicação da penalidade, a notificação prevista no seu inciso II é da autuação, ou seja, de que houve a lavratura de um auto de infração cuja consistência ainda passará pelo crivo da autoridade de trânsito.

O procedimento a ser realizado após a aplicação da penalidade inicia-se somente no artigo 282, da Lei 9.503/97, ao dispor em seu *caput* que ‘Aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade.’ Atente-se para o fato de que a notificação prevista neste dispositivo não é a mesma do artigo anterior, sendo esta da aplicação da penalidade e aquela da existência

do auto de infração.

O próprio CONTRAN, consolidando o entendimento jurisprudencial e garantindo o direito constitucional de ampla defesa e do devido processo legal, editou a Resolução 568/80 que, em seu artigo 2º, dispõe: 'Com o recebimento do Auto de Infração, o interessado poderá, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentar defesa prévia à autoridade de trânsito, antes da aplicação da penalidade'.

Ressalte-se que, embora a citada resolução seja anterior ao Novo Código de Trânsito (Lei 9.503/97), a princípio, foi recepcionada pela nova lei, a qual, em seu artigo 314 traz expresso que 'O CONTRAN tem o prazo de duzentos e quarenta dias a partir da publicação deste Código para expedir as resoluções necessárias à sua melhor execução, bem como revisar todas as resoluções anteriores à sua publicação, dando prioridade àquelas que visam a diminuir o número de acidentes e a assegurar a proteção de pedestres'.

Através de uma análise sistemática dos dispositivos legais supracitados pode-se concluir que o Código de Trânsito Brasileiro traz em seu bojo a previsão de duas notificações ao transgressor: uma do cometimento da infração, para que possa ser oferecida defesa prévia, valendo, também, como tal, a assinatura do infrator no corpo do auto; e outra da aplicação da penalidade, após o julgamento da consistência deste."²⁴¹

²⁴¹ Agravo de Instrumento Nº 559.696 - RS (2003/0190933-8. Relator: Ministro José Delgado. Agravante: Departamento Estadual de Trânsito do Estado do Rio Grande do Sul - DETRAN/RS e Outro. Primeira

Neste sentido também o Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, deferiu a segurança, nos termos do voto do relator, em questionamento sobre insuscetibilidade da desapropriação, -- sanção a que se refere o art. 184 da Constituição Federal -, de pequena e média propriedades rurais em tema de reforma agrária, sobre a ofensa ao postulado do devido processo legal por inexistência de notificação prévia do proprietário rural quanto a realização da vistoria, prevista no art. 2º, da lei nº 8.629/93, conforme descrito na ementa abaixo:

“EMENTA: (...)”²⁴². A pequena e a media propriedades rurais, cujas dimensões físicas ajustem-se aos parâmetros fixados em sede legal (Lei n. 8.629/93, art. 4., II e III), não estão sujeitas, em tema de reforma agrária (CF, art. 184), ao poder expropriatório da União Federal, em face da clausula de inexpropriabilidade fundada no art. 185, I, da Constituição da Republica, desde que o proprietário de tais prédios rústicos sejam eles produtivos ou não - não possua outra propriedade rural. A prova negativa do domínio, para os fins do art. 185, I, da Constituição, não incumbe ao proprietário que sofre a ação expropriatória da União

Turma. DJ Data: 10/03/2004. Mesmo sentido do mesmo Relator: REsp's nºs 460178/RS, DJ de 04/08/2003; 490728/RS, DJ de 23/06/2003. ver também Agravo de Instrumento Nº 567.681 Brasília (DF), 22 de março de 2004 - RS (2003/0214720-9). Relatora: Min. Denise Arruda. Agravante: Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Sul - DAER/RS. Órgão Julgador: Primeira Turma do STJ. DJ de 26/03/2004.

²⁴² Mandado de Segurança reforma agrária desapropriação sanção (cf, art. 184, caput) média propriedade rural (cf, art. 185, i) área que resultou de doação celebrada em momento que precedeu tanto a edição da mp 1.577/97 (reeditada, pela última vez, como mp 2.183-56/2001) como a publicação do ato presidencial questionado inexpropriabilidade do imóvel rural em questão falta de notificação pessoal e previa do proprietário rural quanto a realização da vistoria (lei n. 8.629/93, art. 2., . 2.) - ofensa ao postulado do *due process of law* (cf, art. 5., liv) - nulidade radical da declaração expropriatória - mandado de segurança deferido. a pequena e a média propriedades rurais, em tema de reforma agrária, são constitucionalmente insuscetíveis da desapropriação sanção a que se refere o art. 184 da carta política.

Federal, pois o *onus probandi*, em tal situação, compete ao poder expropriante, que dispõe, para esse efeito, de amplo acervo informativo resultante dos dados constantes do Sistema Nacional de Cadastro Rural. Precedente. A NOTIFICACAO PREVIA DO PROPRIETARIO RURAL, EM TEMA DE REFORMA AGRARIA, TRADUZ EXIGENCIA IMPOSTA PELA CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. - A vistoria administrativa do imóvel rural, na fase preliminar do procedimento expropriatório instaurado para fins de reforma agrária, deve ser precedida de notificação pessoal, dirigida ao proprietário rural, sob pena de desrespeito a clausula constitucional do *due process of law*, cuja inobservância afeta a própria declaração expropriatória, invalidando-a desde o momento em que formalmente veiculada em decreto presidencial. Precedentes. (...)²⁴³

Conforme podemos observar tal sistemática coaduna-se com a jurisprudência do STJ e STF que impõe a administração pública obediência ao princípio do devido processo legal, principalmente quando a atividade repercute no patrimônio do administrado.

²⁴³ Mandado de Segurança nº. 23006. Relator: Min. Celso de Mello. DJ Nr. 166 de 29/08/2003 - Ata Nr. 25 - Processos do Plenário. Disponível no site do STF.

3 DIMENSÃO SUBSTANTIVA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição de 1988 inovou ao dispor expressamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, inciso LIV). Surge então o questionamento sobre qual a dimensão dada ao instituto do devido processo legal, se somente como garantia processual ou se também como garantia em sua dimensão material.

Parte da doutrina²⁴⁴ têm a compreensão de que bastaria a previsão na Constituição brasileira deste princípio, gênero do qual todos os outros princípios constitucionais do processo, como o do juiz natural, da publicidade, da motivação, da ampla defesa e contraditório, entre outros, são espécies.

Sobre a disposição expressa do devido processo legal na Constituição Federal de 1988, menciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho o seguinte:

“Outrossim, o art. 5º, LIV, importou do direito anglo-norte-americano o *due process of law*: ‘Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’. Como se sabe, essa expressão cobre no direito norte-americano contemporâneo duas ordens de direitos. Uma exatamente compreende as garantias processuais, inclusive

²⁴⁴ Neste sentido, por exemplo, Nelson Nery. *Ibidem.*, p. 28, 40.

penais, (...). É o chamado devido processo legal processual que, aliás, primeiro se desenvolveu.

Por outro lado, abrange um aspecto substancial – o devido processo legal substancial – que alcança a razoabilidade, a justiça da norma. Com base neste, o juiz exerce um verdadeiro controle sobre o conteúdo da norma que vai aplicar. E, como o devido processo legal está inscrito no direito constitucional americano (Emenda n. 5/1791), alegando violação desse princípio o tribunal pode declarar inconstitucional a norma, com a consequência de a considerar nula e de nenhum efeito.

A qual desses aspectos do *due process of law* remete o citado art. 5º, LIV ?

Seguramente não ao aspecto processual, pois este já está explícito no texto da Carta Magna. Daí decorre o entendimento já manifestado, embora timidamente, de que o art. 5º, LIV, da Constituição autoriza o juiz a ponderar a razoabilidade de norma, pelo menos quando relativa à privação da liberdade ou bens.²⁴⁵

O devido processo legal na visão substantiva é garantia de um sistema jurídico coerente, com leis elaboradas em observância aos requisitos formais, com conteúdo adequado, razoável e proporcional aos anseios sociais. Sua previsão expressa, no nosso sistema, serve como fundamentação do princípio da proporcionalidade e autoriza o julgador a

²⁴⁵ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Direitos Humanos Fundamentais. p. 118/119.

questionar a razoabilidade e proporcionalidade da lei e dos atos estatais.

Ensina Augusto do Amaral Dergint:

“O ‘devido processo legal’, expressamente previsto pelo texto constitucional vigente (art. 5º, LIV), considerado em sua acepção substantiva, possibilita ao Judiciário controlar a ‘razoabilidade’ ou a ‘racionalidade’ (isto é, mérito) das leis e demais atos estatais, a fim de assegurar o efetivo respeito aos direitos fundamentais. Mais do que isso, permite ao Judiciário ajustar a Constituição às realidades emergentes, preservando o sistema jurídico em sua integridade. (...).

A implementação da garantia do ‘devido processo legal’ e da ‘razoabilidade das ações estatais, através da atuação criativa da jurisprudência, há que estar permanentemente a serviço das aspirações sociais. (...)”²⁴⁶

Para Carlos Roberto de Siqueira Castro:

“a cláusula do devido processo legal, em sua acepção ‘substantiva’, constitui um inesgotável manancial de inspiração para a criatividade hermenêutica. (...), sob o influxo da interpretação construtiva (*constructive interpretation*) do *substantive due process of law*, essa garantia acabou por transformar-se num amálgama entre o princípio da ‘legalidade’ (*rule of law*) e o da ‘razoabilidade’ (*rule of reasonableness*) para o controle da validade dos atos

²⁴⁶ Augusto do Amaral Dergint. *Ibidem.*, p. 254.

normativos e da generalidade das decisões estatais”²⁴⁷.

Pelo princípio da supremacia constitucional, e pela previsão expressa no texto constitucional se pode deduzir que todos os atos do Poder Público, inclusive a lei, devem ser razoáveis e proporcionais para que não sejam considerados inconstitucionais por ferirem o *substantive process of law*. Uma lei que impede o indivíduo de exercer seu direito fundamental, sem que exista um motivo substancial que o justifique não será válida.

Neste sentido Luiz Flávio Gomes:

“O princípio do devido processo, sob este prisma substancial, como se vê, constitui valioso instrumento de controle da atividade pública, principalmente da legislativa. A lei deve ser elaborada não só consoante o devido procedimento legislativo (aspecto formal), senão sobretudo conforme o valor ‘justiça’ (aspecto substancial). Uma lei que não atenda a razoabilidade (*reasonableness*) é inconstitucional, por ferir a cláusula do *due process*. E cabe ao Poder Judiciário, desde que foi concebido o *judicial review of legislation*, a tarefa de aferir a ‘justiça’ da lei.”²⁴⁸

Cabe aos juízes na aplicação do princípio do devido processo substantivo, que guarda certa afinidade com o princípio da igualdade, adaptá-lo as mutações políticas, sócio-econômica, buscando o melhor direito para cada caso concreto. Esta cláusula permite a adaptação

²⁴⁷ Carlos Roberto de Siqueira Castro, *Ibidem.*, p. 76.

²⁴⁸ Luiz Flávio Gomes. *Ibidem.*, p. 186.

do direito às novas circunstâncias que surgem no dia a dia dos juízes. “Na proteção dos direitos individuais e coletivos, faz-se necessário um Judiciário politicamente ativo e influente, que responda aos anseios e às necessidades da sociedade.”²⁴⁹

Neste sentido, citando decisões da Corte Americana ilustra Anna Cândida da Cunha Ferraz,

“(…), leis estaduais e federais, que fixavam salários mínimos, horas de trabalho em certas indústrias, condições de trabalho das mulheres e menores, etc., foram consideradas pela Corte ‘interferência arbitrária na liberdade contratual’. Essa jurisprudência, reflexo de um individualismo exacerbado, foi corrigida e alterada graças a trabalhos e estudos de juízes tais como Stone, Holmes, Brandeis e Cardozo e a Corte Suprema, com o tempo, acabou adotando ponto de vista mais condizentes com a realidade político-social e novas idéias de justiça social e solidariedade humana. Assim, frente aos mesmos conceitos e preceitos, modifica-se o sentido da Constituição, evidenciando o papel verdadeiramente criador da jurisprudência.”²⁵⁰ (sic)

Importante aplicação jurisprudencial do devido processo legal sob o prisma substancial pôde se observar em decisão proferida pela 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao

²⁴⁹ Augusto do Amaral Dergint. *Ibidem.*, p. 254.

²⁵⁰ Anna Cândida da Cunha Ferraz. *Ibidem.*, p. 132.

interpretar o art. 258, parágrafo único, inciso II, do antigo Código Civil. A 2ª Câmara deixou de aplicá-lo por ser incompatível com a Constituição brasileira de 1988, conforme descrito abaixo:

“Ementa: DOAÇÃO - Contrato celebrado entre concubinos, que depois vieram a casar-se. Doador já sexagenário. Validez. Atos não ajustados em pacto antenupcial, nem condicionados à realização do casamento. Inocorrência de fraude à lei.

Inaplicabilidade do artigo 312, c/c o artigo 258, parágrafo único, do Código Civil. É válida, embora feita por doador já sexagenário à companheira com que veio a casar-se ao depois, doação não ajustada em pacto antenupcial, nem condicionada doutro modo à realização do casamento. CASAMENTO - Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os artigos 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do artigo 258, parágrafo único, II, do

Código Civil (TJSP - 2º Câm. de Direito Privado; Ap. nº 007.512-4/2-00-São José do Rio Preto-SP; Rel. Des. Cezar Peluso; j. 18.08.1998; v.u.). BAASP, 2082/788-j, de 23.11.1998.

CONCUBINATO - UNIÃO ESTÁVEL - DOAÇÃO
PURA ENTRE COMPANHEIROS.”²⁵¹

O acórdão traz boa compreensão do tema em estudo pela clareza da argumentação esposada pela 2ª Turma de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que entendeu pela não recepção do art. 258, parágrafo único, II, do antigo Código Civil, com argumento justificado pela aplicação do devido processo legal em sua dimensão substantiva.

O entendimento sustentado foi no sentido de não serem nulas as doações feitas após o matrimônio porque o disposto no art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil, não foi recepcionado pela atual Constituição. O homem de 60 anos e a mulher de 50 anos têm sua liberdade restringida,

“de todo em todo incompatível com as representações dominantes da pessoa humana e com as conseqüentes exigências éticas de respeito à sua dignidade, à medida que, por via de autêntica ficção jurídico-normativa, os reputa a ambos, homem e mulher, na situação típica de matrimônio,

²⁵¹ CD-ROM com bancos de dados jurídicos incluindo, dentre outros, Jurisprudências, Decretos, Decretos Lei, Leis complementares, Estatutos da Advocacia e da OAB. 2ª edição. Rio de Janeiro: CAARJ-Lexonline-Americaonline. 2002.

com base em critério arbitrário e indução falsa, absolutamente incapazes para definirem relações patrimoniais do seu estado de família.”²⁵²

A preocupação da doutrina e da jurisprudência está no fato de o legislador, sem nenhum critério científico que o justifique, estabeleça que o homem ou a mulher após atingir determinada idade perca a possibilidade de dispor de seus bens, a aptidão para discernir sobre seus interesses materiais etc., com o fim de protegê-los dos ataques daqueles que pretendem fraudar-lhes, de modo que,

“a proibição de que um alienasse bens ao outro, ainda quando por efeito jurídico direto de regime legal adotado com entendimento lúcido e ânimo resolutivo, aparecia como invento eficaz para neutralizar a influência desmoralizadora que a cobiça podia exercer no seio do casamento e ao mesmo tempo impedir que, obcecado pela força do amor, um dos cônjuges não se empobrecesse em benefício do outro.”²⁵³

Noutras palavras, este dispositivo do Código Civil estabeleceu, com vocação de verdade legal, “a incapacidade absoluta de quem se achasse, em certa idade, na situação de cônjuge, por, deficiência mental presumida *iuris et de iure* contra a natureza dos fatos sociais e a

²⁵² (TJSP - 2º Câmb. de Direito Privado; Ap. nº 007.512-4/2-00-São José do Rio Preto-SP; Rel. Des. Cezar Peluso; j. 18.08.1998; v.u.). BAASP, 2082/788-j, de 23.11.1998.

²⁵³ *Ibidem*.

inviolabilidade da pessoa.”²⁵⁴

Trata-se de uma norma preconceituosa ao considerar homens e mulheres no auge de sua experiência, como adolescentes desvairados, que não sabem conduzir os seus sentimentos e patrimônio para fugirem de um matrimônio de interesse. Registra o acórdão:

“A eficácia restritiva da norma estaria, ainda, a legitimar e perpetuar verdadeira degradação, a qual, retirando-lhe o poder de dispor do patrimônio nos limites do casamento, atinge o cerne mesmo da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da Constituição Federal), não só porque a decepa e castra no seu núcleo constitutivo de razão e vontade, na sua capacidade de entender e querer, a qual, numa perspectiva transcendente, é vista como expressão substantiva do próprio ser, como porque não disfarça, sob as vestes grosseiras de paternalismo insultuoso, todo o peso de uma intromissão estatal indevida em matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência, intimidade e autonomia do cônjuge”²⁵⁵.

Numa análise criteriosa se pode afirmar que:

“o velho artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil, perpetra discriminação não menos desarrazoada e injusta, porque não há norma nem princípio jurídico que impeça a alguém, em razão de idade avançada e de envolvimento

²⁵⁴ Ibidem.

²⁵⁵ Ibidem.

afetivo, doar bens ao parceiro, antes ou durante o concubinato, e sequer no decurso de relacionamento efêmero que reúna todos os ingredientes de uma aventura amorosa”²⁵⁶.

Registra ainda o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que:

“o comando legal não encerra uma classificação normativa razoável e, como tal, viola a um só tempo as regras constitucionais do justo processo da lei (artigo 5º, LIV, da Constituição da República), tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), e da igualdade (artigo 5º, I), à medida que convergem ambas para, limitando a discricionariedade da produção normativa, manter o cidadão a salvo de leis arbitrárias e discriminatórias, a que, por definição, falta utilidade social e sobeja invasão das esferas das autonomias individuais. Lei que, com o propósito racional de guardar o patrimônio dalgumas pessoas contra as fraquezas da submissão amorosa, priva-as a todas de exercitarem a liberdade jurídica de dispor sobre seus bens e de pautarem suas ações por razões íntimas, resente-se de nexos de proporção entre o objetivo legítimo, que está na tutela dos casos particulares de debilidade senil, e o resultado prático exorbitante, que é, no fundo, a incapacitação da ampla classe das pessoas válidas na mesma faixa etária. Ou seja, inabilita e deprecia quase todos, por salvar uns poucos, que, aliás, têm outros meios jurídicos para

²⁵⁶ Ibidem.

se redimir dos enganos das paixões crepusculares”²⁵⁷. (sic)

Objetivando resguardar os direitos individuais do homem é que a 2ª Turma do Tribunal de Justiça de São Paulo, citando Carlos Roberto de Siqueira Castro, assinalou que:

“O preceito normativo, nesse caso, soa irrazoável, irracional e por certo injusto, eis que em nada auxilia para a consecução de finalidades legislativas constitucionalmente válidas. Ao revés, a diferenciação jurídica carece de motivação idônea, restando sem alicerce de fundamentação capaz de autorizar o descrime legislativo ...”²⁵⁸, até “pelo fato de incluir... em seu raio distintivo um número demasiado... de pessoas sujeitas ao comando legislativo, fazendo com que, de um modo ou de outro, o traçado da clientela da regra classificatória torne-se injusto e, por isso, questionável quanto à sua constitucionalidade”²⁵⁹.

Desse modo, registra o referido acórdão:

“O alcance irracional e injusto da mesma norma vulnera ainda princípios constitucionais, até com gravidade maior, sob outro ponto de vista, que é o da mutilação da dignidade da pessoa humana em situação jurídica de casamento, porque, desconsiderando-lhe, de modo absoluto e sem nenhum apoio na observação da realidade humana, o poder de autodeterminação, sacrifica, em nome de interesses sociais limitados e subalternos, o direito fundamental do

²⁵⁷ Ibidem.

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ Carlos Roberto de Siqueira Castro, Ibidem., p. 164.

cônjuge de decidir quanto à sorte de seu patrimônio disponível, que, não ofendendo direito subjetivo alheio nem a função social da propriedade, é tema pertinente ao reduto inviolável de sua consciência. É muito curta a razão normativa para invasão tamanha. A lei, aqui, é modo exemplar de intrusão estatal lesiva do direito à intimidade (*right of privacy*, ou, como se usa dizer, direito à privacidade), enquanto dimensão substancial da pessoa humana e objeto de tutela constitucional explícita (artigo 5º, X, da Constituição da República) e implícita (artigo 5º, LIV)”²⁶⁰.

Em que pese haja posicionamento em contrário, decidiu a 2ª Turma do Tribunal de Justiça de São Paulo “negar²⁶¹ vigor ao artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil, em especial na sua imodesta consequência de proibir alienações, gratuitas ou onerosas, entre os cônjuges.”²⁶²

Conforme afirma Maria Rosynete de Oliveira Lima:

“Quanto ao aspecto substantivo do devido processo legal, o estudo demonstra a sua lenta, mas progressiva, aceitação no meio jurídico nacional. A sua aplicação permite o questionamento substancial do ato estatal, notadamente o

²⁶⁰ (TJSP - 2º Câ. de Direito Privado; Ap. nº 007.512-4/2-00-São José do Rio Preto-SP; Rel. Des. Cezar Peluso; j. 18.08.1998; v.u.). BAASP, 2082/788-j, de 23.11.1998.

²⁶¹ Do exposto, negam provimento aos recursos. Custas ex lege. Participaram do julgamento os Desembargadores Vasconcellos Pereira (Presidente) e J. Roberto Bedran (Revisor). São Paulo, 18 de Agosto de 1998. Cezar Peluso (Relator) - TJSCAS00021.

²⁶² (TJSP - 2º Câ. de Direito Privado; Ap. nº 007.512-4/2-00-São José do Rio Preto-SP; Rel. Des. Cezar Peluso; j. 18.08.1998; v.u.). BAASP, 2082/788-j, de 23.11.1998.

produto legislativo, constituindo-se em medida de aferição da legitimidade do ato restritivo de direitos fundamentais.”²⁶³

Em última análise, na feição substantiva, o devido processo legal, constitui em verdadeira garantia do Estado democrático, estabelece limites ao Estado intervencionista, contendo os abusos para garantir as liberdades públicas, estabelecendo equilíbrio entre o público e o privado e mesmo a atuação do legislador ordinário. Este princípio, enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade. A limitação de direitos individuais somente será admitida se presente estes requisitos.

3.1 Princípio da Legalidade (sentido amplo)

O conteúdo e a dimensão material do princípio da legalidade devem ser analisados de acordo com a estrutura de cada ordenamento constitucional, considerando os princípios basilares da constituição, expressamente dispostos ou mesmo os dedutíveis do sistema de normas, considerados em sua aplicação em situações diversas com os órgãos responsáveis em efetivar os institutos constitucionais.

Neste sentido, José Manuel Sérvulo Correia: “O conceito de legalidade não é estático, mas dinâmico: o seu conteúdo e valor variam sob

²⁶³ Maria Rosynete de Oliveira Lima. *Ibidem.*, passim.

a influência de particularidades inerentes ao modo de ser dos ordenamentos jurídicos.”²⁶⁴ A evolução constitucional acarreta sistematicamente modificações na funcionalidade do princípio da legalidade e, conseqüentemente em seu significado.

O direito, conjunto de normas que regem a conduta de uma determinada sociedade, em última análise, é uma resultante da convivência social e sua formação depende do estágio de evolução de cada povo. As leis são comandos abstratos, genéricos com força coercitiva que estabelecem obrigação de fazer ou deixar de fazer. Escreve Francisco Campos que:

“O princípio em virtude do qual se postula a necessidade de ser a ação do Poder Executivo conforme a lei ou fundada em disposição legal coincide com a garantia, estipulada na Constituição dos Estados Unidos, do *due process of law*.”²⁶⁵

O devido processo legal em sua forma originária na cláusula 39 da Magna Carta de 1215, de João Sem Terra procurou prever as possíveis violações de direitos praticadas pelo Rei contra um homem livre. Dispondo que os atos restritivos da liberdade praticados pelo Rei no exercício do Poder de Polícia deveriam ser de acordo com a lei vigente, por meio do *by the lawfull judgment of his peers* ou do *by the law of the land*.

²⁶⁴ José Manuel Sérvulo Correia. Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos. Coimbra, p. 33.

²⁶⁵ Francisco Campos, Parecer emitido em 1952. p. 75.

Ou seja, o Rei na função jurisdicional, teria que constituir um tribunal composto de homens iguais ao acusado.

Estabelecia a Magna Carta o seguinte:

“Nenhum homem livre será detido, ou aprisionado, ou destituído, ou exilado, ou de nenhuma forma destruído, nem iremos nós sobre ele, nem mandaremos ir sobre ele, exceto pelo julgamento legal dos seus pares ou pela lei do país”²⁶⁶.

Como se pode perceber insere-se no contexto a valoração da lei, como fonte do direito impondo limites à atuação do Rei²⁶⁷. Estabelece assim a cláusula 39, a *Rule of Law*, ou seja, o Império da Lei ou como muitos denominam o Governo das Leis, sendo o devido processo a forma por meio da qual a administração pública deveria exercer a Justiça.

Ensina Carlos Roberto de Siqueira Castro que:

“Essa visão revitalizadora da legalidade é que possibilitou à cláusula *due process of law*, com riqueza científica e enormíssima utilidade social, transformar-se no mais importante instrumento jurídico para a proteção das liberdades públicas nos Estados Unidos da América e nos demais países que a incorporaram em sua ordem constitucional. Pode-se afirmar que, por meio dela, a

²⁶⁶ Cf. William Seagle, "Men of Law", 1ª ed. Pg. 164. O julgamento por "iguais" foi interpretado como sendo o "direito a julgamento criminal por Jury" para todos os cidadãos, e cujo uso no cível já estava relativamente consolidado nos Tribunais Reais. *apud.* Virgílio Campos. *Ibidem.*

²⁶⁷ William Seagle, "Men of Law", pg.177: "O Rei não deve ser submisso a ninguém, mas somente a Deus e à Lei". *apud.* Virgílio Campos. *Ibidem.*

Constituição pôs-se a serviço da democracia e do futuro.”²⁶⁸

O Estado de Direito se assenta no princípio da legalidade. Esta “concepção de organização política”, da era moderna, qualifica o Estado brasileiro, conforme o art. 1º da Constituição de 1988. Assim,

“Nessa concepção de ‘legalismo estatal’, a atividade do Poder Público submete-se por inteiro ao império da lei. Mas é necessário que as leis tenham conteúdo de justiça.

O despotismo, que foi a tônica do absolutismo monárquico entronizado na máxima de Luis XIV, ‘*L’État c’est moi*’, cede passo à autoridade constituída e limitada, e, após, legitimada pelos canais da representação política que se foram aperfeiçoando até desaguar no sufrágio universal. Em síntese, à via onipotente da Política sucede a via racional do Direito, o que, na imagem celebrizada por Jefferson, transforma o governo dos homens (*government of men*) se transforma em governo das leis (*government of laws*). Releva notar, aqui, que a própria idéia de *dominação*, em que radica a ontologia do poder, atinge o estágio do racionalismo mediante o processo de legalização, passando a identificar-se com a noção de ordem legal, segundo a bem inspirada exposição de Max Weber.”²⁶⁹

Jellinek assinala que:

“O Direito é o poder jurídico limitado... O poder do

²⁶⁸ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 78.

²⁶⁹ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 80-81.

Estado não é, portanto, pura e simplesmente, um poder, é um poder exercido dentro de certos limites jurídicos -- por aí -- é um poder jurídico.”²⁷⁰

Carlos Roberto da Siqueira Castro ensina que

“Historicamente o **legalismo estatal** formou-se, no ocidente, com a superação do direito consuetudinário predominante na Idade Média pela insurgência do direito escrito, que acabou por consagrar e supervalorizar o instrumento da lei.”²⁷¹ (grifo nosso)

No Brasil que se pode considerar um Estado de direito predominantemente legislado, o caráter normativo dos costumes depende de seu reconhecimento pelo Estado, normalmente por meio de leis. Em decorrência,

“o positivismo legalista, independentemente da escola ortodoxa e ultrapositivista capitaneada por Hans Kelsen, arrebatou as concepções de Estado de Direito, erigindo o princípio da legalidade, ou da *lex scripta*, em fonte primária do poder e do dever jurídico.”²⁷²

As democracias modernas têm no império da lei o seu fundamento, por ser esta a expressão da vontade geral. Segundo Nelson Saldanha:

²⁷⁰ George Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, vol. II, 1913, p. 6.

²⁷¹ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 84.

²⁷² Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 87.

“Historicamente, a expressão ‘devido processo legal’ (*‘due process of law’*, que poderia ser traduzida como ‘devido processo jurídico’) situa a tendência do direito ocidental a amparar-se sobre a base formal da lei com o fim de garantir ou gerar a validade dos atos.”²⁷³

Neste sentido, ao discorrer sobre os princípios norteadores do Estado de Direito, assinalou Manoel Gonçalves Ferreira Filho que:

“Num **Estado submetido ao Direito**, a atuação do Poder tem como pauta a lei. **Obedece ao princípio da legalidade**. Entretanto, da legalidade decorre como princípio também a igualdade. E ambos, **legalidade e igualdade**, estão sob o crivo de uma justiça, daí o terceiro princípio, garantidor dos demais, o princípio da justicialidade.”²⁷⁴
(grifos nosso)

A lei criada por deliberação parlamentar geral e abstrata era idolatrada por ser a *volonté générale*. Para o filósofo iluminista Rousseau, a lei é insuscetível de cometer injustiças, e só produz o bem comum, pois ninguém comete injustiça contra si próprio, enquanto participante da vontade geral²⁷⁵.

A Constituição é quem estabelece a hierarquia das leis e de

²⁷³ Nelson Saldanha, na Enciclopédia Saraiva do Direito, vol, 48, p. 189.

²⁷⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Estado de Direito e Constituição. p. 23.

²⁷⁵ “*Quand tout le peuple statue sur tout le peuple, il ne considère que lui-même... Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volante que statue. C’est cet acte que j’appelle loi... il ne faut plus demander... si la loi peut être injuste puis que nul n’est injuste envers lui-même*”. Jean Jacques-Rousseau, *Du Contrat Social*, Livro II, Capítulo VI, Ed. Aubier, 1943, pp. 169-170.

“um sistema hierárquico de normas, presidido por uma Constituição rígida, defluiu a concepção de legalismo estatal. A legalidade desponta, assim, como uma das primeiras limitações do poder do Estado de disciplinar o exercício das liberdades humanas.”²⁷⁶

Carl Schmitt ensina que:

“O que se segue da declaração constitucional dos direitos fundamentais, é que a lei, sob o pretexto de os regular, não pode suprimi-los, e que os mesmos se acham subtraídos ao alcance do Poder Administrativo, que não poderá regular, ainda por via geral, nem o seu conteúdo, nem o seu exercício. Apenas a lei, como ato formal e autenticamente imputável ao Poder Legislativo, e mesmo assim por via geral, poderá condicionar, quando já o não tenha feito a Constituição, o exercício dos direitos fundamentais. O domínio do condicionamento pelo Estado do exercício dos direitos fundamentais faz parte da esfera de modo exclusiva ou privativamente reservada à lei.”²⁷⁷

No Estado Democrático de Direito a realidade social é lastreada por princípios como o da **legalidade** e do **devido processo legal**. Neste sentido se manifestou o Supremo Tribunal Federal em decisão²⁷⁸ que teve como Relator o Ministro Marco Aurélio, *in verbis*:

²⁷⁶ Augusto do Amaral Dergint. *Ibidem.*, p. 253.

²⁷⁷ Carl Schmitt, “*Verfassungslehre*” 1928, pp. 175-177.

²⁷⁸ Por maioria da 2ª Turma do STF que conheceu e deu provimento a Recurso Extraordinário, nos termos do voto do Relator Min. Marco Aurélio, em 14.11.2000.

“RECURSO EXTRAORDINARIO - PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - NORMAS LEGAIS - CABIMENTO. A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Dai a insubsistência da tese de que a ofensa a Carta Política da Republica suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal apreciar a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar a inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da **legalidade** e do **devido processo legal**, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.”²⁷⁹ (grifos nosso)

A lei enquanto comando genérico pode criar uma obrigação (*fazer*), pode ensejar um comando negativo, proibição (*deixar de fazer*) ou mesmo uma permissão. Não existindo lei o comportamento é permitido, porém a lei também pode expressamente permitir que se faça alguma coisa. Neste sentido destacam ainda Luiz Alberto e Vidal Serrano, que “a permissão é o único comando que pode derivar tanto de uma lei como da

²⁷⁹ Recurso Extraordinário nº 242064. DJ Nr. 152 - 24/08/2001 - Ata nº 24 - Relação de Processos da 2ª Turma. Revista: RTJ 184 /2 PAG-766. disponível no site do STF. Procedente de Santa Catarina.

ausência desta.”²⁸⁰

Embora não seja posição predominante cabe aqui destacar para fins didáticos o que ensina Eros Roberto Grau sobre o princípio da legalidade e sua relação com Administração Pública:

“Ora, há visível distinção entre as seguintes situações:
i) vinculação da Administração às definições da lei; ii) vinculação da Administração às definições *decorrentes* – isto é, fixadas em virtude dela – de lei. No primeiro caso estamos diante da *reserva da lei*; no segundo, em face da *reserva da norma* (norma que pode ser tanto *legal* quanto regulamentar; ou regimental).”²⁸¹

Para ele, o art. 5º, inciso II da Constituição, estabelece o princípio da legalidade no sentido amplo, por isso também estará sendo respeitado quando

“ato normativo não legislativo, porém regulamentar (ou regimental), definir obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa imposta a seus destinatários.

Tanto isso é verdadeiro – que o dispositivo constitucional em pauta consagra o princípio da legalidade em termos apenas relativos – que em pelo menos três oportunidades (isto é, no art. 5º, XXXIX, no art. 150, I, e no parágrafo único do art. 170) a Constituição retoma o

²⁸⁰ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. *ibidem.*, p. 83.

²⁸¹ Eros Roberto Grau. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 246.

princípio, estão o adotando, porém, em termos absolutos: (...).

(...): se há um princípio de reserva da lei – ou seja, se há matérias que só podem ser tratadas pela lei -, evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamentos; quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; quanto a tais matérias não cabem regulamentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição *despicienda* – *verba cum effectu sunt accipienda*.

Resta evidenciado, desta sorte, não importar ofensa ao princípio da legalidade inclusive a imposição, veiculada por regulamento, de que alguém faça ou deixe de fazer algo, desde que isso decorra, isto é, venha, em virtude de lei. Note-se, ademais, que, quando o Executivo expede regulamentos – ou, o Judiciário, regimentos -, não o faz no exercício de *delegação legislativa*.²⁸²

Na concepção de Eros Roberto Grau há um equívoco nas análises desenvolvidas sobre os regulamentos, anota:

“(…), que o Legislativo não é titular de monopólio senão da função legislativa, parcela da função normativa, e não de toda esta, como a recepção irrefletida da teoria da ‘separação dos poderes’, à primeira vista, indica.

Apenas cabe referirmos *delegação de função*

²⁸² Eros Roberto Grau. *Ibidem.*, p. 247.

legislativa, pois, quando o Executivo a desempenhe (ela, *função legislativa*, como ocorre nas hipóteses dos artigos 62 e 68 da Constituição de 1988).

Um outro ponto, de toda sorte, atinente ainda ao tema dos regulamentos²⁸³, deve ser ferido. É que a nossa doutrina tem, com grande freqüência, aludido ao princípio da legalidade como impediendo do exercício, pelo Poder Executivo, da função regulamentar²⁸⁴, salvo no que respeite à produção de regulamentos de execução.”²⁸⁵

Conforme ensina Odete Medauar:

“O *poder regulamentar* configura um dos modos de exercício do poder normativo no âmbito do Poder Executivo. Do ponto de vista lógico, é melhor dizer que há um poder normativo geral, do qual o poder regulamentar apresenta-se como espécie. Sob o ângulo didático, parece mais adequado separar o estudo do poder regulamentar, ante a importância que sempre assumiu no ordenamento pátrio e o tratamento específico que a doutrina vem lhe conferindo.”²⁸⁶

Do exposto, podemos concluir que, o princípio da legalidade

²⁸³ Cf. anota Eros Roberto Grau “A maioria de nossos publicistas classifica os regulamentos em quatro tipos: i) os regulamentos executivos (ou de execução) destinam-se ao desenvolvimento de textos legais, tendo em vista a fiel execução da lei; ii) regulamentos delegados são os que, em decorrência de delegação legislativa, o Poder Executivo emana como manifestação unilateral de sua vontade, suficientes para inovar a ordem jurídica; iii) regulamentos autônomos (ou independentes) são os que, consubstanciando inovação na ordem jurídica, emanam do Poder Executivo não como mero desenvolvimento de lei anterior e independentemente de delegação legislativa; são expressões da prerrogativa do exercício de funções normativas pelo Poder Executivo; iv) regulamentos de urgência ou necessidade são os que emanam do Poder Executivo em situação excepcional, de verdadeiro estado de necessidade, para impedir danos ao interesse público, que não seriam evitados senão mediante a sua emanação.” Eros Roberto Grau. *Ibidem.*, p. 244-245.

²⁸⁴ Cabe observar que este é o entendimento predominante na doutrina e jurisprudência brasileira.

²⁸⁵ Eros Roberto Grau. *Ibidem.*, p. 244.

²⁸⁶ Odete Medauar. *Direito Administrativo Moderno*. p. 129.

em seu sentido amplo, salvo melhor juízo, engloba também a figura do regulamento e demais atos normativos desde que previstos na Constituição²⁸⁷. Todavia, conforme já mencionamos anteriormente é importante destacar que o conteúdo e a dimensão material do princípio da legalidade devem ser analisados de acordo com a estrutura de cada ordenamento constitucional, e, no sistema jurídico brasileiro, o Poder Executivo não possui legitimação constitucional de, por meio de regulamentos, criar ou impor restrições aos direitos e garantias individuais. Esta tem sido a interpretação, do princípio da legalidade, da doutrina predominante. Cabe destacar ainda que a Constituição de 1988 não prevê a figura do decreto **jurídico** autônomo. A Emenda Constitucional nº 32, de 2001, alterou o inciso VI do art. 84, possibilitando somente decreto autônomo de **organização**²⁸⁸.

3.1.1 Reserva Legal e devido processo

O princípio da reserva legal é espécie do princípio da legalidade, é a exigência de lei formal, elaborada pelo Legislativo, conforme regras previstas pelo constituinte, para determinadas matérias especificadas na Constituição.

Para Alexandre de Moraes a legalidade estabelece a

²⁸⁷ É o que ocorre no sistema jurídico francês, em que a Constituição de 1958 prestigia em diversos artigos a figura do regulamento.

²⁸⁸ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

necessidade de lei elaborada conforme as regras constitucionais do processo legislativo, para que se possa impor comportamentos forçados. Já o princípio da reserva legal

“incide tão somente sobre os campos materiais especificados pela constituição. Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei. Este é, portanto, de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, visto exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo”²⁸⁸.

Gilmar Ferreira Mendes em sua lição apresenta: a **reserva legal simples**²⁸⁹, quando a Constituição simplesmente autoriza a intervenção do legislador como ocorre, por exemplo, no art. 5º, inciso VI, que dispõe que a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação é assegurada *nos termos de lei*; e a **reserva legal qualificada**, quando a Constituição além de exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelece, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados, como ocorre, por exemplo, nos incisos XII, XIII, LX do art. 5º.²⁹⁰

Convém observar que o princípio da legalidade deve ser

²⁸⁸ Alexandre de Moraes. Direito Constitucional. 2001. p. 67.

²⁸⁹ Gilmar Ferreira Mendes. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. p. 232.

²⁹⁰ Gilmar Ferreira Mendes. *Ibidem.*, p. 236.

analisado considerando o momento histórico, os valores político, econômico e social, o sistema político e forma de atuação do Estado, se Estado de Direito, se Estado Social ou mesmo se Estado democrático de Direito²⁹¹, a forma como é posto pela norma constitucional vigente.

Concordamos com os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho de que:

“A reserva de lei não deve divorciar-se das estruturas constitucionais concretas de cada país, pois ela coloca problemas de delimitação de competências que só em face dos ordenamentos constitucionais positivos podem ser esclarecidos. Assim, por exemplo, é diferente a problemática da reserva de lei num esquema constitucional de competências, como o português, em que o Governo também possui poderes legislativos originários, e a problemática da reserva da lei numa ordem constitucional de competências em que o executivo só dispõe de ‘poderes legislativos’ quando autorizado pelo Parlamento. Não deve também esquecer-se que a reserva de lei depende da própria compreensão da ordenação de competências dentro dos arranjos organizatórios do poder político. Na realidade, a reserva de lei assume contornos diversos num sistema influenciado pela idéia de *checks and balances* como o norte-americano ou num esquema de divisão de poderes (legislativo, executivo e judicial), como, por ex., o sistema

²⁹¹ Em se tratando de Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade é um garante da segurança jurídica. A falta de clareza na norma poderá ensejar a nulidade do tipo legal com base no devido processo legal no seu aspecto substancial.

alemão.”²⁹² (grifo nosso)

José Afonso da Silva alerta para o fato de parte da doutrina confundir muitas vezes o princípio da legalidade com o da reserva legal.

“O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Embora às vezes se diga que o princípio da legalidade se revela como um caso de *reserva relativa*, ainda assim é de reconhecer-se diferença entre ambos, pois que o legislador, no caso de reserva de lei, deve ditar uma disciplina mais específica do que é necessário para satisfazer o princípio da legalidade.”²⁹³

Para Francisco Campos:

“A provisão constante da Magna Charta, ‘*that no man ought to be taken or imprisoned, etc. or deprived of his life, liberty, or property, but by judgement of his peers, or by the law of the land*’, tem a precisa significação de que todas as matérias enunciadas na cláusula constitucional constituem reserva da lei, seja da lei costumeira, seja da lei editada pelo Parlamento. A garantia que ali se concedia ao cidadão inglês, como a que é assegurada nos Estados Unidos ao cidadão americano pela cláusula constitucional do *due process of law* corresponde, exatamente, ao princípio de que

²⁹² José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. p. 798.

²⁹³ José Afonso da Silva. *Ibidem.*, 1999. p. 423.

a forma de lei é necessária e indeclinável para que o Estado possa impor aos cidadãos encargos, ônus, obrigações, ou de qualquer modo restringir ou modificar o gozo em que se encontram dos direitos de liberdade e de propriedade.”²⁹⁴

Lembra José Joaquim Gomes 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).”²⁹⁵

A Constituição de 1988 possui artigos que estabelecem a reserva de lei: **absoluta** – aquelas em que o constituinte exige que determinada matéria somente seja regulamentada por lei no sentido formal; ou **relativa** - aquelas que a Constituição exige a edição de lei formal para determinar os parâmetros de atuação para o órgão administrativo, que por sua vez poderá complementá-la por ato infralegal, desde que respeite os limites impostos pela lei formal. Neste sentido escreve Alexandre de Moraes,

“Assim, temos a *reserva legal absoluta* quando a norma constitucional exige para sua integral regulamentação a edição de lei formal, entendida como ato normativo

²⁹⁴ Francisco Campos, Parecer emitido em 1952. p. 76.

²⁹⁵ José Joaquim Gomes Canotilho. Direito Constitucional. p. 635. 1993.

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.”²⁹⁶

Francisco Campos em comentário ao § 2º, do art. 141, da Constituição brasileira de 1946, destacou que esta

“garantia constitucional, assegurada indiscriminadamente aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, sintetiza numa expressão lapidar dois princípios essenciais ao Estado de direito: a) a supremacia da lei: b) a reserva da lei.”²⁹⁷

Concluiu que a garantia em questão se destinou, sobretudo, a limitar “a ação regulamentar ou preceptiva do Poder Executivo.”²⁹⁸

Convém assinalar que “o Direito, como sistema de limites, opera diferentemente com relação ao Estado e ao indivíduo.”²⁹⁹ O princípio da legalidade norteador do Estado de Direito, refletido sobre ente privado e sobre o Poder Público tem significado diferente. O Estado só pode atuar por autorização legal, ou seja, nos termos de lei. O mesmo não ocorre com o

²⁹⁶ Alexandre de Moraes. Direito Constitucional. 2001. p. 68.

²⁹⁷ Francisco Campos. *Ibidem.*, p. 76.

²⁹⁸ Francisco Campos. *Ibidem.*, p. 76.

²⁹⁹ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 90.

ente privado que pode atuar sempre que não haja lei proibindo. Seabra Fagundes afirma que “qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito da lei, será injurídica.”³⁰⁰ Ou seja, tal medida não foi praticada em consonância com o devido processo legal, não sendo por isso legítima.

Ensina Carlos Roberto de Siqueira Castro, que para que

“o princípio da legalidade tenha plena eficácia é mister que os atos normativos de todos os níveis de governo sejam providos de perfeita clareza e precisão, a fim de que os destinatários da regra jurídica, e bem assim os seus executores em todas as instâncias da organização estatal, possam bem conhecer o sentido e o alcance de suas disposições. A não ser assim, o entendimento do comando legislativo, especialmente quando se tratar de normas proibitivas ou imperativas, restaria prejudicado, daí podendo resultar graves conseqüências para aqueles sujeitos à sua observância.”³⁰¹

Em se tratando de matéria em que a Constituição exige reserva legal, se pode afirmar que isto

“é tanto mais verdadeiro quando se estiver diante de matéria submetida ao princípio da ‘reserva legal’, ou seja, ao princípio da ‘tipicidade total’, caso em que a materialidade

³⁰⁰ Miguel Seabra Fagundes. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, Ed. Forense, Rio, 5ª, ed. 1979, p. 94.

³⁰¹ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 95-96.

fática e seus efeitos jurídicos devem estar integralmente descritos no ato-regra, o que se dá sobretudo no campo do direito penal, no que tange à definição dos delitos e das penas, e no campo do direito tributário, no concernente à indicação dos elementos configuradores da obrigação tributária principal.”³⁰²

Em um Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade é um garante da segurança jurídica. A falta de clareza na norma poderá ensejar a nulidade do tipo legal com base no devido processo legal no seu aspecto substancial. Esta proposta científico-jurídica advém dos Estados Unidos, consagrando-se no julgamento do caso *Papachristou v. City of Jacksonville*, em 1972, quando a Suprema Corte americana considerou inconstitucional a lei de vadiagem da cidade de Jacksonville, na Flórida, por ser vaga e imprecisa. Era um

“estatuto de caráter penal (*vagrancy ordinance*) que qualificava de vadios e, como tais, sujeitos às penas de vadiagem, todos quantos estivessem nas mal-explicitadas atitudes de ócio em logradouros ou ambientes públicos. Em decisão unânime prolatada pelo *Justice Douglas*, aquele admirável Tribunal entendeu que a lei municipal em referência era nula por vagueza (*void for vagueness*), eis que não possibilitava ao homem comum uma satisfatória dimensão da conduta punida, além de dar ensejo a prisões e

³⁰² Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 96.

condenações arbitrárias.”³⁰³

O poder discricionário concedido à autoridade era muito grande, o que ensejava a prisão descabida, arbitrária e discriminatória de pessoas carentes e sem recursos que se encontravam nas vias públicas.

No Brasil, tanto a tipificação penal como as instituições de tributos devem ser estabelecidas por lei, em respeito ao princípio da reserva legal. Ensina Carlos Roberto de Siqueira Castro que o

“princípio da legalidade consubstanciado na cláusula do devido processo legal é um postulado vetor nas relações jurídicas intra-estatais, que subordina ao primado da lei, com prevalência hierárquica desta sobre as demais deliberações normativas do Poder Público, toda conduta do Estado de Direito e de seus jurisdicionados.”³⁰⁴

Segundo Maurice Duverger³⁰⁵, a superioridade da lei formal, representa a superioridade do Legislativo³⁰⁶. Na concepção legalista positivista, cumprir a lei significa fazer justiça. Porém se a lei for injusta cabe ao intérprete e aplicador da lei utilizar-se do devido processo legal em sua dimensão substantiva.

³⁰³ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 98.

³⁰⁴ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 150.

³⁰⁵ Maurice Duverger, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ed. Ariel. Barcelona, 1984, pp. 168-169. “Pero la jerarquía de los actos es también consecuencia de la jerarquía de los actos es también consecuencia de la jerarquía de los órganos... El principio de la legalidad es el reflejo de la soberanía popular. La superioridad de la ley arranca del hecho de ser la expresión de la voluntad general...”.

³⁰⁶ Maurice Duverger. *Ibidem.*, pp. 168-169.

A limitação ao Estado não pode se restringir somente à obrigação de respeitar o “processo justo” estabelecido em lei. Luiz Flávio Gomes menciona que

“tão relevante quanto a observância das formalidades legais devidas é a imposição de limites à própria criação jurídica dessas formalidades. De nada adianta estabelecer limites formais à atuação estatal, se ela não conta com barreiras no preciso momento da formulação dessas mesmas regras jurídicas, primordialmente as que se destinam a restringir a liberdade das pessoas. Justo ou devido, portanto, deve ser não só o processo, senão também o próprio procedimento de elaboração da lei, seja no aspecto formal, seja no substancial (material), porque o legislador não pode transformar em ‘processo devido’ o que é, por natureza, arbitrário, desproporcional e indevido.”³⁰⁷

Gilmar Ferreira Mendes, anota que

“a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.”³⁰⁸

Destaca ainda que:

³⁰⁷ Luiz Flávio Gomes. *Ibidem.*, p. 185.

³⁰⁸ Gilmar Ferreira Mendes. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Repertório IOB de Jurisprudência.* p. 475-469. v. tb., Gilmar Mendes Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de Constitucionalidade.* p. 68 e *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.* p. 250.

“Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt dês verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*).”³⁰⁹

Ensina Augusto do Amaral Dergint que:

“O ‘**devido processo legal**’ em sua **feição substantiva** constitui, pois, inesgotável fonte de inspiração à criação hermenêutica. Sob o influxo da dita interpretação construtiva, esta garantia acabou por transformar-se em uma amálgama dos **princípios da legalidade** e da **razoabilidade**, para o controle dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais.”³¹⁰ (grifos nosso)

Como supramencionado o constituinte de 1988 estabeleceu algumas matérias que devem ser tratadas estritamente por lei³¹¹. Estabeleceu também expressamente o princípio do devido processo legal que se

³⁰⁹ Gilmar Mendes Ferreira et al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 250.

³¹⁰ Augusto do Amaral Dergint. *Ibidem.*, p. 252.

³¹¹ Cf. o **Tribunal Superior do Trabalho**. “**EMENTA**: Processo em Execução. Ofensa ao art. 5º, inciso II, da Constituição da República – Violação ao art 896 da CLT. Em processo de execução, a admissibilidade do Recurso de Revista limita-se à hipótese de ofensa direta e literal à Constituição da República, conforme o disposto na Súmula nº 266 do TST e no § 2º, do art. 896 da CLT.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se em causas de natureza trabalhista, deixou assentado que, em regra, **as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal**, da motivação dos atos decisórios, do contraditório e ampla defesa, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de **ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição**, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário (STF-AGRAG-237138/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08.09.2000). Recurso de Embargos não conhecido.” Ementário de Acórdãos Inteiro Teor do TST **PROCESSO**: E-RR. Nº 650559. de 2000. DJ - 19/03/2004. disponível também no site do TST, <http://www.tst.gov.br/basesjuridicas>. (grifos nosso)

constitui em limitação constitucional à liberdade de conformação do legislador, em rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos por ele (legislador). A lei deve ser sempre proporcional e razoável.

3.2 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade “se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.”³¹² Implícito na Constituição Federal de 1988, pode ser extraído dos princípios da igualdade, moralidade e indubitavelmente da dimensão substancial do devido processo legal.³¹³

Márcia Haydée aponta-o como:

“Verdadeira garantia constitucional que tem uma dupla função: protege os cidadãos contra os abusos do poder estatal e serve de método interpretativo de apoio para o juiz quando este precisa resolver problemas de compatibilidade e de conformidade na tarefa de densificação ou concretização

³¹² Paulo Bonavides. Curso de Direito Constitucional. p. 357.

³¹³ Na Constituição do Estado de São Paulo, encontra-se expresso no art. 111, e na Lei Orgânica do Município de São Paulo, no art. 81, cada vez mais ganhando importância no estudo do direito, principalmente do direito público.

das normas constitucionais.”³¹⁴

Originou-se e desenvolveu-se a partir do devido processo legal, na Magna Carta de 1215 e da cláusula *law of the land*, positivada nas emendas V e XIV à Constituição Americana, vindo a se tornar, nos dois últimos séculos, como uma das principais fontes da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana que construiu e consagrou a idéia de razoabilidade, nos idos de 1868, com o advento da XIV emenda Constitucional.

Inicialmente, conforme comentado anteriormente, a jurisprudência americana só vislumbrava na cláusula do devido processo legal uma garantia processual (*procedural due process*). Com o passar dos anos passou a considerá-la também como garantia substantiva³¹⁵ (*substantive due process*), pelo que passa a ser, ao lado do princípio da igualdade, um dos mais importantes e eficazes instrumento de defesa dos direitos individuais.

Respaldado nesta cláusula se procede ao exame de razoabilidade e de racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder

³¹⁴ Márcia Haydée Porto de Carvalho. *Hermenêutica Constitucional*. p. 74.

³¹⁵ Representativo dessa fase é o conjunto de casos conhecidos como *Slaughterhouse cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873), onde a Suprema Corte recusou-se a considerar inconstitucional uma lei da Louisiana que conferia monopólio de uma atividade a determinada companhia, impedindo todas as demais pessoas e empresas de explorarem a atividade. A decisão fundou-se em que a garantia do devido processo legal destinava-se a proteger as pessoas contra as injustiças de cunho processual, o que não era o caso. Luís Roberto Barroso. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 210.

Público em geral, inclusive do Legislativo.³¹⁶ Construiu-se assim uma base jurídico-filosófica com a aplicação da razoabilidade como instrumento para o controle de constitucionalidade e também para a interpretação da Constituição.

Registra Nelson Nery Júnior,

“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 for *razoável*, isto é, que não seja a ‘*law of the land*’, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo poder judiciário.”³¹⁷

Conforme relata Paulo Armínio Tavares,

“percebe-se uma sintonia doutrinária a respeito do fato histórico alavancador do surgimento do Princípio da Proporcionalidade: a passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, em que o poder absoluto até então exercido pelo monarca - ilimitado quanto aos fins e aos meios empregados - tornou-se objeto de controle por parte

³¹⁶ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 3.

³¹⁷ Nelson Nery Junior. *Ibidem.*, p. 37.

de outros órgãos, geralmente o Judiciário.”³¹⁸

Com o princípio da razoabilidade o Poder Judiciário é fortalecido, suas decisões, quando apoiadas no devido processo legal substantivo ampliam a possibilidade de exame de mérito dos atos do Poder Público, em nome da justiça, da *razoabilidade*, delimitando inclusive a visão de discricionariedade dos atos estatais.

Luís Roberto Barroso menciona que

“de toda sorte, a cláusula enseja a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins. Somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual. Aliás, tais direitos não se limitam aos que se encontram expressamente previstos no texto, mas também incluem outros, fundados nos princípios gerais de justiça e liberdade.”³¹⁹

Ele ensina que,

“o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão

³¹⁸ Paulo Arminio Tavares Bucchele. O Princípio da proporcionalidade e a Interpretação da Constituição. p. 135.

³¹⁹ Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 211.

excessivamente subjetiva.”³²⁰

Para Juan Francisco Linares, constitucionalista argentino, o termo razoabilidade tem diversos significados no mundo jurídico, a saber:

“a) na técnica se fala de meios razoáveis para obter certo fim. Isto é, se vislumbra uma certa racional adequação de meios a fim. Trata-se, pois, de uma razoabilidade técnica; b) em axiologia jurídica se fala de razoabilidade quando se busca o fundamento dos valores específicos do plexo axiológico; solidariedade, cooperação, poder, paz, seguridade, ordem e se o acha no valor de totalidade chamado justiça. A justiça é, assim, racionalizadora dos outros valores. Estes são razoáveis enquanto se fundam na justiça; c) Em ciência do direito a razoabilidade se apresenta quando se busca a razão suficiente de uma conduta compartilhada. Essa razão pode ser de essência, quando a conduta se funda em uma norma jurídica; de existência quando o fundamento é o mero fato de que o comportamento jurídico se dá; e, de verdade quando tem fundamento de justiça.”³²¹

Conforme o dicionário Aurélio, “razão é a faculdade de

³²⁰ Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 211.

³²¹ Juan Francisco Linares. *Razonabilidad de las Leyes*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 108: “a) Em la técnica se habla de médios razonbles para obtener cierto fin. Es decir, se mienta una cierta razional adecuación de médios a fines. Se trata, pues, de una razonabilidad técnica; b) En axiología jurídica se habla de razonabilidad cuando se busca el fundamento de los valores específicos del plexo axiológico: solidaridad, cooperación, poder, paz, seguridad, orden y se lo halla em el valor de totalidad llamado justicia. La justicia es así racionalizadora de los otros valores. Éstos son razonables en cuanto se fundan en la justicia; c) En ciencia del derecho la razonalidad se presenta cuando se busca la razón suficiente de una conducta compartida. Esa razón puede ser de esencia, cuando la conducta se funda en una norma jurídica; de existencia cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento jurídico se da; y de verdad cuando tiene fundamento de justicia”. v. tb., Paulo Armínio Tavares Buechele. *Ibidem.*, p. 123-124. (tradução de Paulo Armínio Tavares)

avaliar, julgar, ponderar idéias universais, raciocínio, juízo, de estabelecer relações lógicas, de inteligência. Razoável significa conforme à razão, moderado, sensato, comedido, ponderado.”³²² Trata-se do que não é arbitrário, contrário ao direito, não visa interesse individual, mas antes o interesse comum.

Muitos buscam no direito natural o fundamento para a regra da razoabilidade, por representar a verdadeira expressão do que é justo. Miguel Reale ao tratar sobre o conflito entre os princípios de Direito Natural e os do Direito Positivo, coloca o problema da ‘resistência às leis injustas’, ou da desobediência ao que é ‘legal’, mas não é ‘justo’. Este conflito na prática, é minimizado com instrumentos interpretativos, que possibilitam reduzir as arestas agressivas da regra ‘injusta’, com uma interpretação sistemática, utilizando o ordenamento jurídico como um todo.

Conforme sugere Miguel Reale:

“É claro que o problema é aqui estudado sob o prisma estrito do Direito. Como categoria ética, social ou política, pode-se falar em ‘Direito de revolução’, ou de ‘insurreição’, mas estes são processos não jurídicos, *processos de fato* que só adquirem qualificação jurídica no momento em que instauram uma nova ordem normativa e marcam nova

³²² Minidicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Ed. Nova Fronteira. p. 462.

distribuição de poderes e competências.”³²³

Sobre justiça e comportamento ético resta-nos refletir no legado que nos deixou Sócrates, que se recusando a fugir da prisão, para escapar da pena de morte que lhe fora aplicada, esbraveja que: “é preciso que os homens bons respeitem as leis más, para que os homens maus não aprendam a desrespeitar as leis boas.”³²⁴

Sobre a igualdade perante a lei ensina San Tiago Dantas que:

“Não é apenas a doutrina do Direito Natural que vê no Direito uma ordem normativa superior e independente da Lei. Mesmo os que concebem a realidade jurídica como algo mutável e os princípios do Direito como uma síntese das normas dentro de certos limites históricos reconhecem que pode haver leis inconciliáveis com esses princípios, cuja presença no sistema positivo fere a coerência deste, e produz a sensação íntima do arbitrário, traduzida na idéia de ‘lei injusta.’”³²⁵

Após fazer referência ao sistema americano e ao *due process of law*, arremata San Tiago Dantas:

“A lei que não pode ser considerada «law of the land» é a lei contrária ao direito. Não a um direito fixado em regras e comandos precisos, que se tornariam, nesse caso, imutáveis;

³²³ Miguel Reale. Lições Preliminares de Direito. p. 320.

³²⁴ Ibidem.

³²⁵ San Tiago Dantas. Igualdade perante a lei e "Due Process of Law" in Revista Forense CXVI/357, 1948, p. 362.

mas ao direito como síntese, como corpo de princípios, como método de criação normativa.³²⁶

Ao elaborar as leis deve o Estado apoiar-se em circunstâncias concretas, levando em conta os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. As leis devem buscar determinados fins, que serão atingidos com o emprego de determinados meios. Também é de muita importância os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade, a saúde, a justiça. Havendo adequação de sentido entre esses elementos pode-se dizer que está presente a razoabilidade.³²⁷

A razoabilidade pode ser interna e externa. Na **interna** busca-se a existência de uma relação de racionalidade e proporcionalidade entre os motivos, meios e fins da lei. Como, por exemplo, o Governo legisla autorizando a quebra da patente de um remédio para AIDS por não conseguir obtê-lo, sendo que se trata do único remédio para minimizar o sofrimento de quem possui tal doença. Nessa hipótese, existe um **motivo** que justifica o **meio** utilizado, para assegurar um direito social, à saúde, **objetivo** (fim) buscado. Tal atitude do legislador é racional e razoável, por isso justificável.

Na razoabilidade **externa** busca-se verificar a adequação dos

³²⁶ San Tiago Dantas. *Ibidem.*, p. 362.

³²⁷ Veja-se, a propósito, Humberto Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, 1984, p. 461.

meios e fins da lei com a Constituição. Caso ela conflite com o texto constitucional não terá fundamento de validade, por ser contrária à Constituição e seus princípios.

No direito norte-americano e de outros países já prevalecia este entendimento da necessidade de adequação dos meios aos fins. José Joaquim Gomes Canotilho ratifica:

“Entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins.”³²⁸

O Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1971, decidiu que:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com 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.”³²⁹

³²⁸ José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. p. 488.

³²⁹ BVerfGE 30, 292 (316). V. Willis Santiago Guerra Filho, *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: UFC – Imprensa Universitária. 1989. p. 87.

A doutrina brasileira,³³⁰ se espelhando na alemã para a caracterização da proporcionalidade, entende serem necessários três requisitos, a saber: da **adequação**, exigência de que as ações do Poder Público sejam aptas para atingir os objetivos que se busca; da **necessidade** ou **exigibilidade**, também conhecido como “princípio da menor ingerência possível”. Os meios utilizados para atingir o fim devem ser o menos gravoso possível, é a proibição ao excesso; e da **proporcionalidade em sentido estrito**, existência de equilíbrio entre os danos e resultados obtidos. É o chamado custo-benefício da medida.

Luis Roberto Barroso assinala com clareza que:

“A **razoabilidade** dos atos do Poder Público - inclusive dos atos legislativos -, como parâmetro aferidor de sua constitucionalidade, tem sido aceita em inúmeros sistemas jurídicos. Nos Estados Unidos, como visto, o princípio se assenta na cláusula do devido processo legal, constante das emendas de nºs 5 e 14 à Constituição. Na Argentina, como assinala com orgulho a doutrina, o princípio remonta ao texto original da Carta, que, no art. 28, estabelecia que os princípios, garantias e direitos reconhecidos na Constituição não poderiam ser alterados por leis que regulamentassem seu exercício. No direito constitucional alemão, atribui-se ao **princípio da proporcionalidade** (*Verhältnismässigkeit*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do

³³⁰ Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 219. v. tb., Paulo Arminio Tavares Buechele. *Ibidem.*, p. 124, entre outros.

Estado de direito³³¹. Em Portugal, ele vem materializado em regras expressas da Constituição, notadamente a da proibição do excesso.”³³² (grifos nosso)

Willis Santiago Guerra Filho, sintetiza da seguinte maneira:

“Resumidamente, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”³³³

Surgiu com objetivo de estabelecer limites ao poder governamental, conquista dos nobres ingleses que pressionaram o rei João Sem Terra obrigando-o a se comprometer que não os privaria de direitos como a vida, liberdade, ou propriedade sem observar à “lei da terra” (the law of the land). Sendo submetida à apreciação da Suprema Corte americana nos idos do Século XVIII, constituiu-se em fonte inspiradora para o princípio da razoabilidade das leis.

Anota Maria Paula Dallari Bucci:

“No direito anglo-saxônico, a razoabilidade se traduz num aprofundamento da cláusula do *due process of law*,

³³¹ V. Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade*, 1990. São Paulo, p. 43.

³³² Dispõe o art. 18, 2 da Constituição Portuguesa: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Além dele, o art. 266, 2 impõe aos órgãos e agentes administrativos que atuem com justiça e imparcialidade no exercício de suas funções, e o art. 272, 2, que estabelece que as medidas de polícia não devem ser utilizadas para além do estritamente necessário.

³³³ Willis Santiago Guerra Filho. *Ensaio de teoria constitucional*. p. 75.

ênfatizando-se nela o elemento da materialidade, razão pela qual se fala hoje em 'devido processo legal substantivo'³³⁴. O adjetivo presta-se a romper com a prática que descaracterizou o conteúdo tradicional e o significado histórico do princípio da legalidade."³³⁵

Adiante, apresentaremos algumas diferenças entre a razoabilidade e proporcionalidade.

3.2.1 A Razoabilidade no direito brasileiro

No Brasil o princípio da separação dos poderes foi um dos argumentos utilizados para justificar a pouca aplicação do princípio da razoabilidade. Em muitos casos concretos o Poder Judiciário deixou de apreciar a razoabilidade de atos da Administração Pública ou mesmo de leis, para não invadir competências atribuídas constitucionalmente a outro Poder. Conforme leciona Carlos Roberto de Siqueira Castro,

“a ausência de contemplação explícita do devido processo legal, como também do salutar princípio da ‘razoabilidade’ dos atos do Poder Público, no texto de nossas sucessivas Constituições, foi grandemente responsável pelo acanhamento da proteção dos direitos humanos e das liberdades públicas em nossos País, a par do autoritarismo latente e cíclico que tem conspurcado a trajetória das

³³⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. p. 135.

³³⁵ Maria Paula Dallari Bucci. O Princípio da Razoabilidade em apoio à legalidade. p. 173.

instituições políticas brasileiras.”³³⁶

Castro Nunes³³⁷ já sustentava, que essa lacuna constitucional poderia ser suprida por outras garantias explícitas ou implícitas na Constituição. Isto se pôde depreender de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal³³⁸, que raramente analisaram o mérito (conveniência e oportunidade) de decisões de órgão público.

Raquel Denize Stumm escreve que

“(...). O caráter de generalidade emprestado à lei que é dirigida a ‘um grupo ou classe de indivíduos’ só é aceitável pela jurisprudência como substantivamente justo por atender a dois requisitos: o da igualdade e o da racionalidade.”³³⁹

Os dois requisitos formam o princípio da “legalidade igualitária”, que limitam o titular da soberania legiferante para que não edite leis arbitrárias ou injustas. Afirma que da “exigência de racionalidade das classificações confere-se ao Poder Judiciário um espaço para avaliar o mérito de uma lei à luz dos princípios informadores do sistema.”³⁴⁰ À lei é exigido “um padrão ou *standard* de substancialidade e razoabilidade quando

³³⁶ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 370.

³³⁷ Castro Nunes. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, Ed. Revista Forense, 1943, p. 617, nota de rodapé n.º 21.

³³⁸ “Harmonia dos Poderes. Art. 6º da Emenda Constitucional nº 1. A decisão recorrida invadiu área de estrita competência da Administração Pública ao mandar reabrir e equipar uma enfermaria de hospital fechada por conveniência do serviço público. Inadmissibilidade da apreciação do mérito de tal providência pelo Poder Judiciário. Recurso conhecido e provido”. RTJ 56/811 (1971), RE nº 70.278-GB, Rel. Min. Adauto Cardoso. Decisão proferida em 13/11/70.

³³⁹ Raquel Denize Stumm. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. p. 161.

³⁴⁰ Raquel Denize Stumm. *Ibidem.*, p. 162.

cotejada perante conteúdos do Estado (segurança, saúde, moralidade, bem-estar, entre outros).”³⁴¹

San Tiago Dantas ensina que:

“(...). Uma lei que cria arbitrariamente para determinada pessoa ou grupo de pessoas tratamento mais rigoroso que o adotado para a comunidade não será ‘*due process of law*’ e também infringirá a cláusula de igualdade.”³⁴²

O estágio mais avançado do devido processo legal substantivo ocorre quando limita o poder legislativo. Locke e Coke são seus precursores. Locke inspirado em Coke, afirma que o Poder Legislativo não pode ser arbitrário e que as leis sendo gerais devem assegurar igualdade de proteção para todos, não podem ser retroativas, devendo ser aplicadas pelos juízes.³⁴³

Algumas decisões dos Tribunais Superiores na vigência da Constituição de 67/69, referentes a atos administrativos, indicam a utilização da razoabilidade extraída do sistema constitucional de modo implícito, conforme expôs Luís Roberto Barroso³⁴⁴:

“É certo, porém, que ao longo da vigência da

³⁴¹ Raquel Denize Stumm. *Ibidem.*, p. 162.

³⁴² San Tiago Dantas. *Ibidem.*, p. 361.

³⁴³ Raquel Denize Stumm. *Ibidem.*, p. 165.

³⁴⁴ Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 224.

Constituição de 1967-69, ainda que de modo implícito e até mesmo *inconsciente*³⁴⁵, e sem menção expressa ao princípio, diversas decisões dos tribunais superiores reverenciaram a razoabilidade como parâmetro de validade de atos emanados do Poder Público. De fato, foi ela o grande vetor de decisões como: a) a que considerou inaceitável que delegado aprovado em concurso pudesse ser reprovado na prova de esforço físico (teste de Cooper), haja vista que são os agentes, e não o delegado, que de regra desempenham as missões³⁴⁶; b) a que considerou ensejadora de discriminação a reprovação, em entrevista pessoal, de candidatos à carreira diplomática já aprovados nas provas intelectuais³⁴⁷; c) a que também considerou inconciliável com o princípio do concurso público o chamado ‘juízo de consciência’, em que o candidato à magistratura podia ser excluído do certame com base em julgamento secreto sobre sua vida pública e privada.”³⁴⁸

Concernente à utilização da razoabilidade nos atos do Legislativo, a jurisprudência brasileira inspirou-se no “*détournement de pouvoir*”, abuso de poder³⁴⁹, do direito administrativo francês, quando o Conselho de Estado Francês, após o caso Lesbats³⁵⁰, em 1864 que ficou

³⁴⁵ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 192.

³⁴⁶ Remessa ex officio nº 110.873-DF, TFR, Rel. Min. Washington Bolívar, in DJU de 26.02.87.

³⁴⁷ MS nº 101.898-DF, TFR, Rel. Min. Leitão Krieger, in DJU de 22.05.86.

³⁴⁸ RTJ 122/1.130 (1987), RE nº 111.411-8-RJ, Rel. Min. Carlos Madeira.

³⁴⁹ Cf. Hely Lopes Meirelles, “O abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas”. O gênero abuso de poder ou abuso de autoridade divide-se em duas espécies: o excesso de poder e o desvio de finalidade. Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 94.

³⁵⁰ No caso Lesbats, o Prefeito de Fontainebleau, a pretexto de executar a lei que lhe autorizava regular o estacionamento de ônibus defronte à estação ferroviária, proibiu a recorrente de entrar e estacionar seus carros no pátio daquela estação. Conhecendo do recurso, o Conselho de Estado anulou a decisão do

famoso na história, passou a anular os atos das autoridades administrativas, com excesso de poder³⁵¹ ou praticados com desvio de finalidade³⁵². Manifestou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo³⁵³ que, dentre os elementos consubstanciadores do desvio de finalidade estão a falta de motivo ou mesmo a contradição deste com o ato praticado.

A razoabilidade tem assim seu conceito ampliado para ser aplicada também a determinados atos legislativos. Isto se pode constatar em alguns julgados citados neste trabalho³⁵⁴.

O Estatuto da OAB estabeleceu regra de incompatibilidade para os magistrados e para os membros do Ministério Público, dentre outros, para o exercício da advocacia, pelo prazo de dois anos após a aposentadoria ou após a disponibilidade. O Supremo Tribunal Federal acolheu a idéia do princípio da razoabilidade,³⁵⁵ ainda que sem maior desenvolvimento teórico, e considerou tal regra inválida porque os meios

Prefeito, afirmando que houve *détournement de pouvoir*, porque seu ato visava a dar privilégio a outra empresa, quando a lei não lhe concedia esse poder, nem permitia discriminações entre as transportadoras de passageiros naquele local (cf. Sirey, Refonte, t. 9, III, p. 46, decisão de 25.2.1864). *apud*. Hely Lopes Meirelles. *Ibidem.*, p. 94.

³⁵¹ "O excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas". Excede sua competência legal, invalida o ato. "O excesso de poder torna o ato arbitrário, ilícito e nulo". Hely Lopes Meirelles. *op.cit.*, p. 96.

³⁵² "O desvio de finalidade ou de poder verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público". É a violação ideológica da lei. Hely Lopes Meirelles. *Ibidem.*, p. 96.

³⁵³ Constitui abuso de poder a remoção de servidor público sem justificativa das razões de ordem pública para a providência. (TJSP, RT 664/63)

³⁵⁴ Ver por exemplo, RF 145/164 (1953), RE 18.331, Rel. Min. Orozimbo Nonato.

³⁵⁵ RTJ 110/937 (1984), Rep. 1.054, Rel. Min. Moreira Alves.

para obter o fim não eram razoáveis³⁵⁶. Pelo mesmo motivo decidiu pela nulidade de diversas leis editadas em términos de governos que criavam novos cargos, com objetivo eleitoreiro, ocasionando um aumento circunstancial das contas públicas.

No ensinamento de Caio Tácito:

“A competência legislativa para criar cargos públicos visa ao interesse coletivo de eficiência e continuidade da administração. Sendo, em sua essência, uma faculdade discricionária, está, no entanto, vinculada à finalidade, que lhe é própria, não podendo ser exercida contra a conveniência geral da coletividade, com o propósito manifesto de favorecer determinado grupo político, ou tornar ingovernável o Estado, cuja administração passa, pelo voto popular, às mãos adversárias. Tal abandono ostensivo do fim a que se destina a atribuição constitucional configura autêntico desvio de poder (*détournement de pouvoir*), colocando-se a competência legislativa a serviço de interesses partidários, em detrimento do legítimo interesse público.”³⁵⁷

Leis que impõe restrições à liberdade de exercício de profissão, hoje prevista no art. 5, inciso XIII, da Constituição Federal,

³⁵⁶ Cabe mencionar que tal decisão ocorreu na vigência da Constituição de 1967/69. Atualmente a Emenda Constitucional nº 45 instituiu quarentena de três anos para os magistrados que deixarem a função, restrita ao Tribunal ou juízo a que estiver vinculado. O inciso V do parágrafo único do art. 95 da Constituição de 1988, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, tem a seguinte redação: “Aos juízes é vedado: exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.” (Grifo nosso)

³⁵⁷ Caio Tácito, O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais, in RDA 188/1 (1992).

devem ser razoáveis. É o que se pode concluir de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ainda na vigência da Constituição de 67/69:

“(...) no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.”³⁵⁸

Embora não tivesse previsão expressa nas constituições anteriores, o princípio da razoabilidade vinha sendo aplicado, porém de forma cautelosa, como fundamento para a declaração de inconstitucionalidade de atos administrativos e legislativos.

Cabe registrar que durante a maior parte dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, na análise do projeto que resultou a Constituição de 1988, o princípio da razoabilidade esteve presente nas discussões, inclusive do texto ao final aprovado pela Comissão de Sistematização. Mais especificamente no artigo 44, *caput*, com a seguinte redação:

“A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se,

³⁵⁸ Rp. 930-DF, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, in DJU de 2.09.77

como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade”. Esta redação não foi aprovada.

Em que pese sua não inclusão no texto final da Constituição, podemos destacar duas vertentes. A primeira no sentido de considerar o princípio da razoabilidade integrando o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento. Este entendimento encontra inspiração na doutrina alemã, onde se vê o princípio da razoabilidade como inerente ao Estado de direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito. A segunda vertente no sentido de extrair o princípio da razoabilidade da cláusula do devido processo legal. Tal entendimento tem inspiração no direito norte-americano onde se sustenta que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que se deve dar à cláusula do *due process of law*.

É fato que da interpretação substantiva do devido processo legal, art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, podemos extrair o princípio da razoabilidade, ambos inerentes à nova concepção de Estado Democrático de Direito.

3.2.1.1 Distinção entre Razoabilidade e Proporcionalidade

No dicionário jurídico De Plácido e Silva: Por “Proporcional – do latim *proportionalis*, de *proportio* (proporção, relação), entende-se o que se mostra numa relação de igualdade ou de semelhança entre várias coisas”. “É o que está em proporção, isto é, apresenta a disposição ou a correspondência devida entre as partes e o seu todo”. “A proporcionalidade, assim, revela-se numa igualdade relativa, conseqüente da relação das diferentes partes de um todo já comparadas entre si.”³⁵⁹

A doutrina e a jurisprudência brasileira, via de regra, tem utilizado os dois princípios sem grande preocupação de distingui-los. Todavia, alguns doutrinadores apontam diferenças entre eles. Ressaltam o fato de, de um lado a razoabilidade ter surgido da interpretação abrangente dada ao devido processo legal pela Corte norte-americana e de outro, decorrer da proporcionalidade advinda do direito alemão.

Em linhas gerais, há uma certa fungibilidade entre o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade. Suzana de Toledo Barros ressalta a diversidade entre eles, porém observa que o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem utilizado as expressões proporcionalidade e razoabilidade indistintivamente, quando quer “expressar a exigência de que a causa do pedido ou do próprio recurso esteja articulada com o fim

³⁵⁹ De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico. Vol. III e IV. p. 476.

pleiteado, em uma relação, portanto, lógica, e em harmonia com a ordem jurídica vigente.”³⁶⁰ Assinala ainda que “os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo *proporcionalidade* ou *proibição de excesso* (Übermass) para designar o princípio que os americanos tratam por razoabilidade.”³⁶¹ Concluindo afirma que

“a expressão *proporcionalidade* tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há, nela, a idéia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito.”³⁶²

A necessidade de proporcionalidade surge quando dois ou mais princípios conflitarem em um caso concreto, momento em que se deve, com ponderação, valorar qual a proporção de aplicação de cada um, ou seja qual princípio será mais prestigiado.

Em seus ensinamentos Gilmar Ferreira Mendes observa que

“a primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – tanto quanto é possível identificar – está

³⁶⁰ Susana de Toledo Barros. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. p. 69.

³⁶¹ Susana de Toledo Barros. *Ibidem.*, p. 70.

³⁶² Susana de Toledo Barros. *Ibidem.*, p. 71.

intimamente relacionada com a proteção ao direito de propriedade. No RE nº 18.331, da relatoria do eminente Ministro Orozimbo Nonato do STF, deixou assente, *verbis*:

‘O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do ‘*detournement de pouvoir*’. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado.’”³⁶³

Para melhor discorrer sobre alguns aspectos a serem considerados sobre a proporcionalidade e razoabilidade nos apoiaremos nos ensinamentos de Humberto Bergmann Ávila³⁶⁴ que em seu magistério, menciona que a

“(...) proporcionalidade não determina que um dos princípios envolvidos deve ser escolhido em detrimento do outro. Ao contrário, ele estabelece uma estrutura para que

³⁶³ Gilmar Ferreira Mendes. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 251-252. RE 18.331, Relator Ministro Orozimbo Nonato. RF 145 (1953). P. 164 ss.

³⁶⁴ Professor de Direito Público da Faculdade de Direito da UFRGS, da PUC/RS e da Escola Superior da Magistratura do RGS. Advogado em Porto Alegre. Mestre em Direito Público na Fac. De Direito da UFRGS. Doutorando, pelo CNPq., na Universidade de Munique, Alemanha.

ambos sejam realizados (dependendo da espécie de colisão) ao máximo.”³⁶⁵

Ou seja, ocorrendo o conflito entre dois princípios, em um caso concreto deve-se buscar a melhor aplicação de cada um. Menciona que

“o dever de proporcionalidade, então, estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não-excessivo. (...). Só a análise diante do caso concreto e diante da relevância que o ordenamento jurídico atribui a determinados bens jurídicos (p. ex. vida, dignidade, liberdade, propriedade) pode revelar o excesso da medida.”³⁶⁶

Não é uma regra porque

“não estabelece tal ou qual conteúdo relativamente à conduta humana ou à aplicação de outras normas. É por intermédio das condições que ele estabelece que da interpretação de outras normas envolvidas será estabelecido o que é devido, permitido ou proibido diante de determinado ordenamento jurídico. O dever de proporcionalidade não funciona, em hipótese alguma, sem a complementação material de outras normas.”³⁶⁷

Afirma que o dever de proporcionalidade consiste em

³⁶⁵ Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 169.

³⁶⁶ Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 169.

³⁶⁷ Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 170.

“um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados.”³⁶⁸

Faz ressalva sobre a necessidade de demonstrar que “o dever de proporcionalidade não se identifica com o dever de razoabilidade” e justifica que

“o problema não está em tratar fenômenos diferentes mediante o emprego de um só termo, mas em não perceber, por meio da mesma denominação, a existência de fenômenos distintos a explicar.”³⁶⁹

Em seu entendimento, há duas estruturas de argumentação:

Primeira: “há casos em que é analisada a correlação entre dois bens jurídicos protegidos por princípios constitucionais, em função dos quais é preciso saber se a **medida** adotada é **adequada** para atingir o fim constitucionalmente instituído (relação meio x fim), se a **medida** é **necessária** enquanto não substituível por outro meio igualmente eficaz e menos restritivo do bem jurídico envolvido (relação meio x meio) e se a **medida** não está em relação de desproporção em relação ao fim a ser atingido

³⁶⁸ Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 175.

³⁶⁹ Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 173.

(relação meio x fim).³⁷⁰

Nesse caso trata-se do princípio da proporcionalidade o que se analisa é um bem protegido por princípio constitucional e a medida relativamente a um fim a ser adotada.

Segunda: “há casos em que é analisada a constitucionalidade da aplicação de uma medida, não com base em uma relação meio-fim, mas com fundamento na situação pessoal do sujeito envolvido. Trata-se de um exame concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos, não em função da medida em relação a um fim, mas em razão da particularidade ou excepcionalidade do caso individual. Nesse aspecto, não se analisa apenas o bem protegido por um princípio constitucional e nem a medida em relação a um fim constitucionalmente previsto, mas a aplicação daquela medida para determinado indivíduo. Não se analisa a intensidade da medida para a realização de um fim, mas a intensidade da medida relativamente a um bem jurídico de determinada pessoa.”³⁷¹

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, contrariamente ao posicionamento que tinham, atribuem, significado diferente para a segunda hipótese, denominando-a de

³⁷⁰ Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 174.

³⁷¹ Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 174.

princípio da razoabilidade.³⁷²

O princípio da razoabilidade consiste em uma diretriz de bom senso jurídico, aplicada ao direito. Anota Maria Paula Dallari Bucci, “Esse ‘bom-senso jurídico’ se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito.”³⁷³ Mais que um princípio, a razoabilidade é um padrão de interpretação, ou um padrão de verificação da validade dos atos administrativos. A razoabilidade é um critério de interpretação das normas e tem caráter subsidiário em relação aos princípios informadores do direito público. “A razoabilidade é condição necessária, mas não suficiente para a validade dos atos emanados do Poder Público.”³⁷⁴

A fato de um ato administrativo ser razoável não significa dizer que é válido, porém a sua irrazoabilidade pode ser fundamento para a invalidação deste ato. Em razão disso pode ser considerado parâmetro negativo de atuação do Poder Público.

Assinala Humberto Bergmann Ávila que:

“A razoabilidade, (...), determina que as condições

³⁷² Por todos: ALBRECHT, Rüdiger Konradin. *Zumutbarkeit als Verfassungsmassstab*. Berlin, Duncker und Humblot, 1995, pp. 65, 70, 71, 94, 96 e 242. *apud*. Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 174.

³⁷³ Maria Paula Dallari Bucci. *Ibidem.*, p. 173.

³⁷⁴ Maria Paula Dallari Bucci. *Ibidem.*, p. 173.

personais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam considerados na decisão³⁷⁵. (...). Enquanto a proporcionalidade consiste numa estrutura formal de relação meio-fim, a razoabilidade traduz uma condição material para aplicação individual da justiça. Daí porque a doutrina alemã, em especial, atribui significado normativo autônomo ao dever de razoabilidade.”³⁷⁶

Em diversas decisões o Supremo Tribunal Federal tem identificado os princípios da proporcionalidade com o da razoabilidade. Na ação de *Habeas Corpus*, tendo como Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal entendeu não ser possível constringer o suposto pai a fornecer sangue para o exame de DNA “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria.”³⁷⁷

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, suspendendo a vigência de lei do Estado do Paraná que exigia a pesagem de botijão de gás na presença do consumidor, não só por impor um ônus excessivo às companhias, e imensa dificuldade material de ser realizada, mas porque o interesse público a ser tutelado e a proteção dos consumidores poderiam ser atingidos de outra maneira, menos

³⁷⁵ ALBRECHT, Rüdiger Konradin. *Zumutbarkeit als Verfassungsmassstab*. Berlin, Duncker und Humblot, 1995, p. 37. *apud*. Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 174.

³⁷⁶ Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 174.

³⁷⁷ *Habeas Corpus* 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 15.05.98. p. 44

restritiva. Neste caso, entendeu haver excesso da lei em relação ao fim pretendido, desrespeitando o princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

O acórdão é ementado da seguinte forma:

“Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §, 25, § 2º, e 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida.”³⁷⁸

A taxa judiciária, de percentual fixo, estabelecido por lei no Estado do Rio de Janeiro elevando sem proporcionalidade os seus valores, foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por entender que em alguns casos seria tão alta que impossibilitaria o exercício do direito das partes obter a prestação jurisdicional, direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988, e em outros momentos não ser

³⁷⁸ Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 855-2, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJU 01.10.93. ver também, RDA 194/299 (1993), ADIn nº 855-PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

razoavelmente equivalente ao custo real do serviço³⁷⁹. Neste caso, se verifica claramente a desproporcionalidade entre o custo do serviço e a taxa cobrada, conhecida no direito tributário como princípio da equivalência.

A “exigência de proporcionalidade vem sendo aceita como um dever jurídico-positivo, o que, por si só, revela a importância de sua explicação e descrição.”³⁸⁰ O princípio da proporcionalidade é utilizado no Brasil com diversos significados, ora como sinônimo da exigência de razoabilidade, “**com a qual não se identifica**”³⁸¹, ora é utilizado como exigência de racionalidade na decisão judicial, ora a limitação a violação de um direito fundamental, ora proibição de excesso da lei relativamente ao seu fim, ora como equivalência entre custo do serviço e a relativa taxa, enfim, é utilizado com diversos fins, porém sempre objetivando proteger o indivíduo dos abusos muito conhecido na história da humanidade.

Humberto Bergmann Ávila não considera a proporcionalidade como um princípio, mas “postulado normativo aplicativo”. Quando aplicado de forma equivocada, no direito brasileiro tem causas detestáveis. Sua fundamentação

“não apresenta razões intersubjetivamente controláveis, na medida em que não estabelece critérios de delimitação da

³⁷⁹ Representação nº 1077, Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 112/34-67.

Rel. Min. Moreira Alves.

³⁸⁰ Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 152.

³⁸¹ Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 152.

relação meio-fim – absolutamente essencial à aplicação da proporcionalidade -, bem como deixa obscuro o seu fundamento de validade.”³⁸²

Enfim, “a fundamentação das decisões, em vez de ser clara e congruente, termina sendo ambígua.”³⁸³

Coloca Humberto Bergmann que grande parte da doutrina não consegue dar uma explicação plausível para o princípio da proporcionalidade, principalmente, “quando a questão a ser elucidada é o seu fundamento de validade.”³⁸⁴ Em sua lição,

“o fundamento de validade varia, do Estado de Direito, dos direitos fundamentais ou da unidade da Constituição até a conjugação de todos esses fundamentos. Os temas mais complexos ligados à definição de princípios, dos quais a proporcionalidade seria uma espécie, ou à delimitação objetiva da relação meio-fim, sem cujo delineamento a proporcionalidade não pode ser racionalmente concebível, não recebem a devida importância.”³⁸⁵

³⁸² Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 153.

³⁸³ Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 153.

³⁸⁴ Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 153.

³⁸⁵ Humberto Bergmann Ávila. *Ibidem.*, p. 153.

3.2.1.2 Razoabilidade e Proporcionalidade das Leis. Doutrina e Jurisprudência

Diferentemente da posição inglesa que considerava o legislativo soberano, no final do século XVIII, a Corte Americana apreciando questionamento posto sobre os limites do poder de governo, entende que as leis produzidas devem buscar a satisfação do interesse público, em respeito ao princípio da razoabilidade das leis. Não sendo a lei razoável, é contrária ao direito e poderia ser objeto de controle de constitucionalidade pelo poder judiciário.

O art. 5º, inciso II, da Constituição Federal Brasileira preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei. Num Estado democrático somente por meio de leis legítimas, elaboradas pelo poder competente, observado os procedimentos pré-estabelecidos pelo constituinte, é que se pode criar obrigações para o indivíduo. A necessidade de atuação nos termos da lei é uma garantia constitucional que limita as arbitrariedades de um soberano.

Como viga mestra do ordenamento jurídico, garantidor da estabilidade das relações jurídicas, consiste em conquista do Estado de Direito, que regula comportamentos, ora dos indivíduos, ora dos órgãos estatais. “Nesse sentido, o princípio da legalidade é de transcendental importância para vincar as distinções entre o Estado constitucional e o

absolutista, este último de antes da Revolução Francesa”³⁸⁶, onde havia o arbítrio, a vontade soberana do detentor do poder, que foram cassados com o advento da lei, que é, em última análise, a materialização da vontade popular.

A lei impede os desmandos do Poder Executivo e do Poder Judiciário que só obrigam na medida que atuam de acordo com a vontade soberana da lei. Celso Bastos ensina que:

“No fundo, (...), o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional de 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.”³⁸⁷

Pelos princípios norteadores da democracia, a lei deve ser feita, pelo povo, ainda que por meio de representantes eleitos, e para o povo. No Brasil adotou-se a forma de elaboração indireta, ou seja, por meio de um órgão colegiado o Poder Legislativo, com a participação do Executivo.

Segundo Celso Bastos:

“O princípio da legalidade eleva, portanto, a lei à

³⁸⁶ Celso Ribeiro Bastos. *Ibidem.*, p. 194.

³⁸⁷ Celso Ribeiro Bastos. *Ibidem.*, p. 194.

condição de veículo supremo da vontade do Estado. Nesse sentido, como visto, ela é uma garantia, o que não exclui, contudo, a necessidade de que ela mesma seja protegida contra possíveis atentados à sua inteireza e contra possíveis máculas que a desencaminhem do seu norte autêntico. Nessa acepção a própria isonomia de todos perante a lei é uma contenção de possíveis abusos que ela possa encerrar. A sua submissão à Constituição não deixa, também, de ser uma delimitação da sua vontade soberana.”³⁸⁸

Não pode a lei como instituto garantidor do Estado de direito, desrespeitar os direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Deve a norma ordinária ser possuidora de conteúdo respeitador do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade sob pena de ser rejeitada, pois uma lei arbitrária não reflete o verdadeiro objetivo de uma lei. Também não pode o órgão competente elaborá-la sem respeitar as regras do devido processo legislativo constitucional.

Gilmar Ferreira Mendes em sua lição observa:

“É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da

³⁸⁸ Celso Ribeiro Bastos. *Ibidem.*, p. 194.

proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*) do ato legislativo.

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*).

(...).

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, idéia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o *poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas (...). Por outro lado, o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar. A omissão legislativa (...) parece equiparável, nesse passo, ao excesso de poder legislativo.”³⁸⁹

Ensina o Ministro que:

“A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (...), que se

³⁸⁹ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 246-247.

revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do Estado de Direito.

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observados, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência legislativa.”³⁹⁰

Raquel Denize Stumm sobre o princípio da proporcionalidade que se extrai do devido processo legal, assinala que:

“Enquanto critério de atuação dos poderes públicos, a atividade do Estado deve procurar harmonizar interesses coletivos e individuais, que por serem ambos legítimos, só podem ser justificados e excepcionalmente desconhecidos, mas sempre dentro do limite do necessário. Dessa forma, não só a função jurisdicional se encontra limitada aos valores constitucionais, mas também a atividade legiferante do legislador encontra limite a sua liberdade para fixar seus objetivos nos mesmos valores. Portanto, o limite ultrapassado pelo legislador, ou seja, lesando o núcleo de atuação dos Direitos fundamentais, implica na atuação judicial em nome do princípio da proporcionalidade. Nesse

³⁹⁰ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 248.

ponto, tanto o legislador, quanto o juiz, encontram-se limitados pelo mesmo critério maior do Estado de Direito.”³⁹¹

Ressalta José Celso de Mello Filho:

“Coloca-se aqui o problema da resistência às normas injustas autoritariamente impostas pelo Estado. É sabido que, entre as faculdades asseguradas ao indivíduo, avulta, pela sua importância, o direito de livremente discordar e de resistir às normas injustas instituídas pelo Estado. Esse direito, que vela ao pé de todas as instituições humanas, como sua inafastável garantia, tem por fundamento o próprio conceito de liberdade. O direito de discordar e de resistir é, basicamente, uma emanção da liberdade mesma. Esse direito, contudo, não pode e não deve ser exercido com abuso ou invocado levemente. As leis injustas são aquelas normas que se voltam contra a sua própria finalidade, causando à coletividade o mal comum. É-lhes estranha a idéia de bem comum. São regras ofensoras da justiça distributiva e violadoras do mínimo vital necessário à personalidade humana e às liberdades fundamentais inscritas nas Constituições modernas.”³⁹²

Observa Carlos Ari Sundfeld que:

“(...) o interesse público - que tem prioridade em relação ao particular - é apenas o que a lei assim tenha

³⁹¹ Raquel Denize Stumm. *Ibidem.*, p. 84.

³⁹² José Celso de Mello Filho. A tutela judicial da liberdade. RT 526/295, (Nota de rodapé), agosto de 1979.

definido. Descabe ao administrador invocar vaga e imprecisa noção de interesse público, para com ela constranger a liberdade dos indivíduos. Indispensável, sempre e necessariamente, para certo valor sobrepor-se ao interesse individual, que tenha sido fixado com clareza - de modo expreso ou razoavelmente implícito - pela lei.”³⁹³

O Supremo Tribunal Federal tem admitido em alguns casos a aplicação do Princípio da razoabilidade para declarar a inconstitucionalidade de leis que não sejam razoáveis, especialmente nos casos em que a norma desrespeita os direitos e as liberdades da pessoa garantidas pela Constituição Federal, como também tem declarado a constitucionalidade da lei por entender que é razoável. Em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade o Ministro Celso de Mello Assinalou que:

“A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, como o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão

³⁹³ Carlos Ari Sundfeld. Direito Administrativo Ordenador. p. 31-32.

dos fins que regem o desempenho da função estatal.”³⁹⁴

O Supremo Tribunal Federal em questionamento sobre matéria tributária se manifestou no sentido de que:

“o conceito normativo de renda (e de lucro real) representa noção revestida de caráter simplesmente legal, cabendo, ao legislador comum, definir-lhe o conteúdo e delinear-lhe o sentido, desde que observados - como no caso o foram - critérios de **razoabilidade**, em estrita consonância com os padrões fundados no **princípio da proporcionalidade**.”³⁹⁵
(grifos nosso)

Destaca-se ainda que no julgamento plenário do RE 201.465/MG, esta Corte, reconheceu ser do legislador

“a possibilidade de determinar a atualização de valores segundo elementos, critérios e fatores definidos em sede meramente legal, desde que respeitado, no processo de produção normativa, tratando-se, ou não, de matéria tributária, o necessário coeficiente de **razoabilidade**, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *‘substantive due process of law’* (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos

³⁹⁴ ADIN nº 1.407-2-DF.

³⁹⁵ RE 225150/CE - Recurso Extraordinário. Relator: Min. Celso de Mello DJ DATA-05/03/2003. P – 00062. Julgamento 06/02/2003. ver também, RE 202013/AM - Recurso Extraordinário. Relator: Min. Celso De Mello DJ DATA-24/02/2003. P – 00044. Julgamento 04/02/2003.

estatais (RTJ 160/140-145 - ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições **irrazoáveis** do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.”³⁹⁶ (grifos nosso)

³⁹⁶ (RTJ 176/578-580, Rel. Min. Celso De Mello, Pleno). ver também Recurso Extraordinário 202013 / AM. Relator: Min. Celso de Mello. DJ Data-24/02/2003 P – 00044. Julgamento em 04/02/2003; Recurso Extraordinário 273676 / SP. Relator: Min. Celso de Mello. DJ Data-24/02/2003 P – 00048. Julgamento em

Na decisão em ADIn requerida pelo Partido Social Cristão - PSC, o Pleno do STF, deixa evidente que o Estado possui restrições na função de legislar. Nesta relação entre o *substantive due process of law* e função legislativa ressalta que:

“A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério

04/02/2003; Recurso Extraordinário 198405 / MG. Relator: Min. Celso de Mello. DJ Data-17/02/2003 P – 00111. Julgamento em 18/12/2002; Recurso Extraordinário 198875 / DF. Relator: Min. Celso de Mello DJ Data-20/02/2003 P – 00055. Julgamento em 18/12/2002; Agravo de Instrumento 414220 / PR. Relator: Min. Celso de Mello DJ Data-25/11/2002 P - 00062 . Julgamento em 30/10/2002; Recurso Extraordinário 200860 / RS. Relator: Min. Celso de Mello DJ Data-28/06/2002 P – 00183. Julgamento em 31/05/2002; e Recurso Extraordinário 273589 / SP. Relator: Min. Celso de Mello DJ Data-01/08/2002 P – 0219. Julgamento em 31/05/2002.

doutrinário de CAIO TÁCITO. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do *substantive due process of law*.³⁹⁷

Nos Estados Unidos a Suprema Corte aplicava também o princípio da razoabilidade para aferir o mérito dos atos do Poder Legislativo. Alguns Países, como, por exemplo, Itália³⁹⁸ e Alemanha³⁹⁹, buscando assegurar a separação de Poderes, o aceitavam com certa moderação.

O Tribunal Constitucional alemão em decisão proferida em 1971, assentou que o princípio do Estado de Direito proíbe leis restritivas inadequadas à consecução de seus fins. Explicitou, ainda, que:

“Os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos

³⁹⁷ ADI 1063 MC-QO/DF - Distrito Federal. Questão de Ordem na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 18/05/1994. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ Data-27-04-2001 PP-00057 EMENT VOL-02028-01 PP-00083.

³⁹⁸ Na Itália, o art. 28 da Lei nº 87, que organiza a Corte Constitucional, exclui expressamente do controle de constitucionalidade valorações de natureza política e verificações sobre o uso do poder discricionário. Todavia, como assinala Pierandrei, será sempre possível examinar a norma à luz dos fins consagrados constitucionalmente (Enciclopedia del Diritto, vol. 10, 1962, p. 907). *apud.* Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 221.

³⁹⁹ O Bundesverfassungsgericht assentou, em decisão de 1951, que sua competência se limitava à apreciação da legitimidade da norma, e não de sua conveniência. Mas acrescentou, significativamente: "a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial" (BVerfGE 1:15). V. Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 247.

direitos fundamentais.”⁴⁰⁰

Observa Gilmar Ferreira Mendes que: “A aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador.”⁴⁰¹

Para Canotilho:

“A discricionariiedade do legislador ou, como hoje se diz, o âmbito de liberdade de conformação legislativa, não era uma discricionariiedade sujeita a pressupostos vinculados, as opções políticas do legislador não eram susceptíveis de controle e os fins da lei eram soberanamente estabelecidos pela própria lei.”⁴⁰²

Ao fazer a verificação de uma lei para aferir o conteúdo de arbitrariedade que ela possui, o Judiciário, terá que expressar seu ponto de vista sobre ser ou não racional, este julgamento está além do simples controle objetivo da legalidade. Pela doutrina tradicional o Poder Judiciário não pode substituir o Poder Executivo em sua função típica de administrar, nem tampouco o Legislativo em sua função típica de legislar, fazendo prevalecer sua valorização subjetiva de matéria específica levada a sua apreciação, sob pena de desrespeitar o princípio da separação dos poderes.

⁴⁰⁰ Cf. Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 248.

⁴⁰¹ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 248.

⁴⁰² J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. p. 739.

Ensina Augusto do Amaral que:

“O controle da razoabilidade e da racionalidade das leis pelo Judiciário é imprescindível nos sistemas de Constituição rígida, sendo seu predomínio, como árbitro da validade das normas jurídicas, consectário do natural do sistema de freios e contrapesos. Isto não o transforma em um super poder, tendo em vista sua tênue pujança em dar efetividade aos comandos que edita, cuja exeqüibilidade, por vezes, fica a depender da intercessão dos outros poderes estatais. Sua força repousa menos naquilo que amedronta e mais naquilo que traduz decência e sabedoria.”⁴⁰³

Os conceitos têm evoluído permitindo que determinados padrões estabelecidos sejam relativizados possibilitando a análise inclusive da chamada liberdade legislativa. Segundo Canotilho, “o controle finalístico da atuação do legislador se exerce sobre dois momentos ‘teleologicamente relevantes’ do ato legislativo”, a saber:

“(i) Em primeiro lugar, a lei é tendencialmente uma função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos fins estabelecidos na Constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (ii) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma. Nas duas hipóteses assinaladas, toparíamos com a vinculação do fim da lei: no

⁴⁰³ Augusto do Amaral Dergint. *Ibidem* p. 253.

primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da Constituição; no segundo caso, o fim imanente à legislação imporá os limites materiais da não contraditoriedade, razoabilidade e congruência.”⁴⁰⁴ (sic)

O Judiciário deve agir com prudência para evitar excessos, considerando que no Estado democrático, “a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais.”⁴⁰⁵ Porém, para preservar a vontade do legislador constituinte originário, que, em última análise, é expressão da vontade popular, deve agir com o intuito de conter os excessos praticados pelo legislador. É fato que:

“O princípio da razoabilidade tem desempenhado, nos países da *common law*, o papel que o princípio da legalidade desempenha nos países chamados ‘de direito administrativo’⁴⁰⁶. Essa é a correspondência que deve ser feita, de tal forma que entre nós a aplicação do princípio da razoabilidade seja um fator de prestígio à legalidade em seu sentido mais próprio, isto é, visando alcançar os fins da lei – norma geral e abstrata aprovada pelos representantes do povo – e realizar os valores por ela tutelados.”⁴⁰⁷

Convém aqui transcrever parte da ementa do Tribunal Pleno do STF, em ADIn proposta pela Confederação Nacional dos

⁴⁰⁴ J. J. Gomes Canotilho. *Ibidem.*, p. 740.

⁴⁰⁵ Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 222.

⁴⁰⁶ Massimo Severo Giannini. *El Poder Público. Estados y Administraciones Publicas.* p. 149.

⁴⁰⁷ Maria Paula Dallari Bucci. *Ibidem.*, p. 177.

Estabelecimentos de Ensino – CONFENEM, tendo como objeto Lei do Distrito Federal, destituída de razoabilidade e proporcionalidade, que dispôs sobre emissão de certificado de conclusão do curso autorizando o fornecimento de histórico escolar para alunos da terceira série do ensino médio, que comprovassem aprovação em vestibular para ingresso em curso superior, usurpando a competência legislativa outorgada à União Federal pela Constituição da República, *in verbis*:

“A Constituição da República, nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal (Raul Machado Horta, ‘Estudos de Direito Constitucional’, p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas estatais, cabendo, à União, estabelecer normas gerais (CF, art. 24, § 1º), e, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (CF, art. 24, § 2º). - A Carta Política, por sua vez, ao instituir um sistema de condomínio legislativo nas matérias taxativamente indicadas no seu art. 24 - dentre as quais avulta, por sua importância, aquela concernente ao ensino (art. 24, IX) -, deferiu ao Estado-membro e ao Distrito Federal, em ‘inexistindo lei federal sobre normas gerais’, a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que ‘para atender a suas peculiaridades’ (art. 24, § 3º). - Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma,

agindo 'ultra vires', transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria (educação e ensino, na espécie). - Considerações doutrinárias em torno da questão pertinente às lacunas preenchíveis. Todos os atos emanados do Poder Público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade. - As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do '*substantive due process of law*'. Lei Distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade. A exigência de razoabilidade qualifica-se como parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. - A exigência de razoabilidade - que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas - atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. Aplicabilidade da teoria do desvio de poder ao plano das atividades normativas do estado. - A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se

contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar. (...).”⁴⁰⁸

O controle da constitucionalidade existe para garantir os valores estabelecidos pela Constituição de um país. Em muitos casos o Legislativo acaba determinando o sentido final, quando discordar da interpretação dada pelo Poder Judiciário a um dispositivo constitucional, é o que se pôde observar na história, quando o legislativo utilizando a sua competência reformadora emendou a Constituição, dando-lhe o sentido que desejava⁴⁰⁹, por não concordar com a interpretação dada pelo judiciário ao texto constitucional. Anota Maria Paula Dallari Bucci que:

“A razoabilidade formulada como princípio jurídico, ou como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração, é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o

⁴⁰⁸ ADI 2667 / DF - Distrito Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível no site do STF.

⁴⁰⁹ Nos Estados Unidos, por quatro vezes, o Congresso editou emendas à Constituição por discordar do entendimento jurisprudencial: a) a 11ª Emenda, dando imunidade de jurisdição aos Estados, veio após a decisão em *Chisholm v. Georgia*, 2 Dall 419 (1793); b) a criação de uma cidadania nacional pela 14ª Emenda foi uma reação à decisão em *Dred Scott v. Sandford*, 19 How. 393 (1857); c) a admissão de um imposto federal sobre a renda, advinda com a 16ª Emenda, deveu-se ao julgamento de *Pollock v. Farmer's Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429 (1895); d) a extensão do direito de voto em eleições estaduais e nacionais a todos que contassem com dezoito anos, introduzida pela 26ª Emenda foi motivada pelo caso *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970). V. Edward Conrad Smith, *The Constitution of the United States*, 1979, p. 16 e ss. v. tb., Luís Roberto Barroso. *Ibidem.*, p. 221.

sentido finalístico do direito.”⁴¹⁰

É entendimento da 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça que uma norma para estabelecer limites de idades para concurso público deve observar critérios de razoabilidade e compatibilidade, *in verbis*:

“Não é possível a legislação ordinária ou edital fixar limite de idade para ingresso em serviço público, sem que se observe os critérios de razoabilidade e de compatibilidade com as atribuições do cargo, consoante o art. 7º, XXX, da Constituição Federal.”⁴¹¹

O Supremo Tribunal Federal em decisão plenária sobre sistema eleitoral, em ADIn tendo como requerente o Partido Comunista do Brasil – PC do B, assinalou que a razoabilidade deve estar consubstanciada nos atos estatais em respeito à cláusula do *substantive due process of law*, *in verbis*:

“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela

⁴¹⁰ Maria Paula Dallari Bucci. *Ibidem.*, p. 173.

⁴¹¹ Site do STJ, www.stj.gov.br visitado em 20.06.2004.

que veicula a garantia do substantive *due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.”⁴¹²

Decidiu também o pleno do STF que:

“A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do ‘*substantive due process of law*’, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinadas vantagens

⁴¹² ADI 1407 MC/DF - Distrito Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 07/03/1996. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ Data-24-11-00 PP-00086 EMENT VOL-02013-10 PP-01974. disponível no site do STF.

pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa.”⁴¹³

Porém para muitos ainda existe uma certa timidez na utilização deste princípio, conforme registra Carlos Roberto de Siqueira Castro:

“Nada obstante, e a despeito de toda sorte de vicissitudes que através dos tempos têm entravado o aperfeiçoamento democrático de nosso sistema constitucional, é fato que o direito público brasileiro já começa a demonstrar uma promissora sensibilidade para o conjunto de valores que a cláusula ‘*due process of law*’ corporifica. Embora ainda reduzidíssimos os escritos de doutrina especificamente dedicados ao assunto, contam-se já às centenas os acórdãos dos tribunais estaduais e federais que direta ou indiretamente aludem à garantia do ‘*due process of law*’ em contexto os mais variados, ...”⁴¹⁴

Entendemos, porém tratar-se de uma questão de cultura jurídica somados a predisposição existente entre os Poderes de respeitarem os limites constitucionais. Gradativamente, e isto já é perceptível em diversas decisões do Poder Judiciário, maior será a aplicação do princípio do devido processo legal com o escopo de analisar a razoabilidade das leis.

⁴¹³ ADI 1158 MC/AM - Amazonas. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 19/12/1994. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ Data-26-05-95 PP-15154 EMENT VOL-01788-01 PP-00051. disponível no site do STF.

⁴¹⁴ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 370.

A dimensão de aplicação do princípio da razoabilidade está relacionado com a Ordem Constitucional vigente em determinado sistema constitucional. Em se tratando de constituição sintética como a Americana, o princípio da razoabilidade terá maior amplitude, exigindo do intérprete maior eloquência e criatividade, pois não é a constituição que deve ser alterada, mas sim adaptada com uma interpretação dinâmica aos casos concretos que surgirem, sem deixar de ser atual.

Convém ressaltar ainda que na aplicação dos princípios básicos inerentes aos direitos e garantias fundamentais, independentemente do tipo de constituição que se tenha, seja ela sintética, seja ela analítica, é importante se ter a noção de que tipo de Estado ela quer constituir, a brasileira de 1988, estabeleceu o Estado Democrático de Direito com todos os princípios que lhe são corolários.

4 APLICAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO

No sistema jurídico brasileiro como em outros países, a aplicação do devido processo legal em sua dimensão substantiva não ocorreu de imediato, sua aceitação foi um processo lento de adaptação à realidade sócio-jurídica. É o que podemos chamar de processo de maturação. Explica Nelson Nery que:

“O devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial. No direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é do que manifestação da cláusula *substantive due process*.”⁴¹⁵

Acreditamos que a grande preocupação e o maior desafio, está em se encontrar uma fórmula para mensurar a abrangência deste princípio e limitar o aplicador do direito que, pela responsabilidade que lhe apraz ao invés de garantir a justiça e o direito, por falta de sensibilidade jurídica pode abstrair-se do sistema e utilizá-lo como fundamento para justificar a íntima convicção em decisões judiciais.

Atualmente tem-se sua aplicação no direito penal, civil, administrativo e mesmo para aferir a razoabilidade e proporcionalidade do legislador na elaboração da lei.

⁴¹⁵ Nelson Nery. *Ibidem.*, p. 35.

Discorreremos a seguir de algumas hipóteses de aplicação do devido processo legal em sua dimensão substantiva.

4.1 ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO

A garantia do devido processo legal não se limitou ao processo penal e civil, mas estendeu-se aos procedimentos da Administração Pública como exigência de respeito aos princípios da legalidade, moralidade entre outros. Ganhou tamanha importância que passou a ser considerado como princípio norteador do Estado moderno, regulador das relações entre o Poder Público, a sociedade e os indivíduos.

Acentua Carlos Roberto de Siqueira Castro que:

“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 utilização da propriedade em benefício do bem comum, ou seja, de ordenar os direitos privados em harmonia com os superiores interesses coletivos.”⁴¹⁶

O princípio da legalidade previsto no artigo 37, *caput* da CF, versa sobre a mais clara expressão do *substantive due process of law*, como

⁴¹⁶ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 41.

garantia da legalidade, nos atos da Administração Pública. A autoridade pública deve agir *secundum legem* sob pena de nulidade do ato, a legalidade garante, via de regra também, a moralidade administrativa.

Conforme ressalta Nelson Nery,

“(...). 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.

(...).

O fato de a administração dever agir somente no sentido positivo da lei, isto é, quando lhe é por ela permitido, indica a incidência da cláusula *due process* no direito administrativo.”⁴¹⁷

Diversas Leis brasileiras, já prevêm expressamente inclusive a razoabilidade administrativa como, por exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo, no art. 111 dispõe o seguinte:

“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá

⁴¹⁷ Nelson Nery Junior. *Ibidem.*, p. 35-36.

aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, **razoabilidade**, finalidade, motivação e interesse público.” (grifo nosso)

Também a Lei Federal 9.784/99, que trata do procedimento administrativo em seu art. 2º, dispõe que:

“A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade**, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” (grifos nosso)

O devido processo legal na história normalmente esteve vinculado a processo judicial penal e não a proteção na esfera da administração pública.

Devido processo objetivou incluir, entre outras coisas, providência para assegurar a qualquer pessoa o direito de ser acusado de forma justa e publicamente diante de um tribunal competente, o direito para estar presente ao julgamento, e o direito a ser ouvido nele ou de exercer sua própria defesa; crimes previstos em lei; e os princípios que só podem ser cobrados impostos para propósitos de interesse público, a propriedade só pode ser tirada pelo governo para uso público, e que os donos desta propriedade sejam compensados razoavelmente.

Todavia, anota Carlos Roberto de Siqueira Castro que:

“em face das abundantes e cada vez mais complexas relações entre a sociedade civil e a Administração Pública, está diluída por meio de todo gênero de manifestações por que se exterioriza o intervencionismo estatal na segunda metade do século XX, o instituto do *due process of law* encontrou nas searas do Direito Administrativo um campo extremamente fértil para a sua mais recente afirmação. Nesse terreno, a **garantia do devido processo legal** tem tido o papel de repassar aos confrontos entre o Poder Público e os indivíduos o receituário de **legalidade e de moralidade** prescrito pela Constituição. Visa, por assim dizer, ‘constitucionalizar’ as incontáveis e multiformes relações administrativas, adequando-as às etiquetas do constitucionalismo, inclusive e muito especialmente, impondo-lhes subserviência aos direitos fundamentais inscritos na Lei Maior.”⁴¹⁸ (grifos nosso)

Aplicado ao direito administrativo, o princípio da razoabilidade, expressão do devido processo legal substantivo objetiva tutelar o direito de defesa e o respeito ao princípio da legalidade. Mesmo os atos discricionários da Administração pública devem pautar-se na lei, conforme lição de Arnaldo Vasconcelos apoiado em Adolf Merkl:

“pauta-se a atividade administrativa pública nos estritos termos da legalidade, valendo dizer que tudo aquilo que não se encontra expressamente autorizado em lei está, por esse só motivo, vedado. As proibições tornam-se, pois,

⁴¹⁸ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 319.

supérfluas. Exatamente o contrário do que acontece no domínio do Direito Privado, onde as interdições legais servem de marcos definitórios do extenso e prolixo campo da licitude.”⁴¹⁹

No art. 37, *caput*, da Constituição de 1988, o princípio da razoabilidade não veio expressamente previsto entre os princípios inerentes à Administração Pública, porém, conforme ensina Maria Paula Dallari Bucci,

“trata-se de padrão de inteligência da ordenação lógica e racional do sistema jurídico brasileiro. O ordenamento jurídico e cada norma em si, existe para serem razoáveis. A irrazoabilidade, quando abrigada no texto da lei, é uma aberração.”⁴²⁰

No art. 111, da **Constituição** do Estado de São Paulo, está previsto expressamente o princípio da razoabilidade, aplicado ao direito administrativo com o objetivo de limitar à discricionariedade administrativa, ampliando a atuação do Judiciário nos atos administrativos.

Maria Sylvia Di Pietro apoiada nos ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, assinala que, pelo **princípio da razoabilidade**,

“o que se pretende é considerar se determinada decisão,

⁴¹⁹ Cf. Adolf Merkl: “*El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no lo sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el Estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia.*” Ver Arnaldo Vasconcelos. Teoria da Norma Jurídica, Ed. Forense, Rio, 1978, p. 35.

⁴²⁰ Maria Paula Dallari Bucci. O Princípio da Razoabilidade em apoio à legalidade. p. 174.

atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos'. Ele realça o aspecto teleológico da discricionariedade; tem que haver uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro. Para esse autor, 'razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida'."⁴²¹ (grifo nosso)

A atuação da Administração Pública em observância a lei, em última análise, sugere provimentos com conteúdo de razoabilidade e proporcionalidade. E é neste sentido que partilhamos com Cármen Lúcia Antunes Rocha, em sua lição:

“O devido processo legal administrativo compreende mesmo os princípios que informam a feitura do ato administrativo, tais como o da **razoabilidade** e o da **proporcionalidade**, de tal modo que ele traz não apenas a principiologia do processo, mas extrapola a forma e compromete a substância do provimento administrativo. Afinal, o que é reto e justo constitui a essência da legitimidade de qualquer comportamento, seja ele havido

⁴²¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. p. 81. São Paulo. Ed. Atlas. 2000. v. tb., Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro. 1989. p. 37-40.

numa relação ou num ato administrativo unilateral.”⁴²²
(grifos nosso)

4.1.1 O Poder de Polícia em face ao primado do devido processo legal substantivo

Hely Lopes Meirelles conceitua Poder de Polícia como “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.”⁴²³

Caio Tácito, ensina que “o poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais.”⁴²⁴

Podemos encontrar definição legal no art. 78, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina

⁴²² Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Ibidem*. p. 205.

⁴²³ Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 115.

⁴²⁴ Caio Tácito, *Poder de polícia e seus limites*, RDA 237/1. v., tb., Clóvis Beznos, *Poder de Polícia*, São Paulo, 1979. v., tb., Hely Lopes Meirelles. *Ibidem*., p. 116.

da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

Sintetizando é o poder que tem o Estado de atuar na esfera individual restringindo, contendo abusos com o objetivo de garantir o bem estar social.

Interessa-nos neste trabalho a polícia administrativa que difere da polícia judiciária e da polícia de manutenção, pois estas atuam sobre as pessoas, enquanto aquela atua sobre os bens, direitos e atividades. A polícia administrativa está correlacionada, se difunde por toda a Administração Pública, enquanto as demais pertencem a determinados órgãos ou corporações, como a polícia civil e a militar⁴²⁵.

O Estado possui poderes que lhe foram atribuídos pela Constituição, alguns políticos que são exercidos pelo Executivo, Legislativo e pelo Judiciário, possuem também poderes administrativos por meio dos quais a administração pública atua. Surgem de acordo com as exigências do serviço público e com os interesses da comunidade.

Dentre os poderes administrativos está o poder de polícia administrativa, que vai se materializar através da atuação do Poder Público

⁴²⁵ Hely Lopes Meirelles. *Ibidem.*, p. 115.

sobre bens, atividades, serviços, como, por exemplo, a saúde pública, trânsito, transportes, educação e etc., que estão relacionados diretamente com a coletividade.

De um modo geral quem tem competência para regular a matéria em questão, também terá competência para exercer o poder de polícia administrativa. O ato de polícia é um ato administrativo, e como tal, deve subordinar-se ao ordenamento jurídico que rege a administração, podendo ser inclusive objeto de controle pelo Poder Judiciário.

O ato administrativo deve ser motivado, e como observa o saudoso Ministro Victor Nunes Leal:

“O motivo do ato administrativo faz parte da sua configuração legal, e a verificação dele está incluída na análise da legalidade. Apurar se realmente ocorreu um fato, sem o qual o ato não podia ser praticado, não equivale a dizer se aquele motivo era razoável, ou não, mas apenas se era verdadeiro. Se era falso o motivo, isto é, se o fato real pressuposto por lei não ocorreu, o ato não pode subsistir, é ilegal, porque baseado em falsa causa.”⁴²⁶

Carlos Roberto de Siqueira Castro comentando a posição do saudoso Ministro, assinalou, que a jurisprudência de nossos tribunais corrobora com o posicionamento doutrinário do Ministro, deixando

⁴²⁶ Victor Nunes Leal, no estudo intitulado “Atos Discricionários e Fundações Quase-Judiciais da Administração”, constante da Obra Problemas de Direito Público. p. 245.

inconteste que o requisito de motivação integra, atualmente a abrangência do devido processo legal na órbita do Direito Administrativo.⁴²⁷

Antes da Constituição de 1988, em sede de Remessa *ex-officio* n.º 96.551, Rio de Janeiro, do Mandado de Segurança, tendo como Relator o Ministro José Cândido, decidiu o Tribunal Federal de Recursos, em acórdão prolatado em 25 de novembro de 1986 o seguinte:

“Expedição de passaporte. Não pode ser recusada quando a autoridade policial não aponta o impedimento legal. Sem fundamentação, o ato impugnado deve ser entendido como violador de direito líquido e certo do impetrante.”⁴²⁸

Convém esclarecer que mesmo o ato discricionário necessita de motivação, que é requisito indissociável do devido processo legal na instância administrativa. Neste sentido o inciso X, do art. 93, da Constituição brasileira com redação dada pela EC nº 45/2004, prescreve que: “as **decisões administrativas** dos tribunais **serão motivadas** e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”. (grifos nosso)

Maria Paula Dallari Bucci, ensina que:

⁴²⁷ Carlos Roberto de Siqueira Castro. *Ibidem.*, p. 325.

⁴²⁸ Cf. Diário da Justiça de 26.02.87, p. 2.809. (Referência 3474479).

“determinado ato administrativo **eventualmente** pode ser produzido sem expressa previsão legal, desde que se funde na observância dos princípios de direito administrativo, tais como o da moralidade ou o da igualdade. (Não se está referindo aos atos ilegais, mas aos atos produzidos em conformidade com o sistema e, portanto, legais, mas sem apoio de previsão explícita). Deverá esse ato, além de conforme aos princípios tradicionais, ser **razoável**, o que significa que, entre outros atributos, deve manter **proporcionalidade** entre meios e fins.”⁴²⁹ (grifos nosso)

O poder de polícia de nada valeria se não pudesse aplicar sanções em caso de desrespeito a ordem da autoridade competente. Para isso, existem como elemento de coação diversas sanções que serão mais brandas ou mais rigorosas de acordo com a infração praticada. Como, por exemplo, a multa, a interdição de atividade, o fechamento de estabelecimento, a demolição de construção, o embargo administrativo de obra, a destruição de objetos como mercadorias de contrabando e CDs piratas apreendidos, a inutilização de gêneros, a proibição de fabricação ou comércio de certos produtos; a vedação de localização de indústria ou de comércio em determinadas zonas, que possam comprometer o meio ambiente e destruir matas nativas; dentre outras que possam comprometer a saúde, a segurança pública, a moral e etc., havendo necessidade de estarem dispostas em lei ou regulamento.

⁴²⁹ Maria Paula Dallari Bucci. *Ibidem.*, p. 173.

Para Hely Lopes Meirelles:

“Estas sanções, em virtude do princípio da auto-executoriedade do ato de polícia, são impostas e executadas pela própria Administração em procedimentos administrativos compatíveis com as exigências do interesse público. O que se requer é a legalidade da sanção e sua proporcionalidade à infração cometida ou ao dano que a atividade causa à coletividade ou ao próprio Estado. As sanções do poder de polícia são aplicáveis aos atos ou condutas individuais que, embora não constituam crimes, sejam inconvenientes ou nocivos à coletividade, como previstos na norma legal”.⁴³⁰ (grifo nosso)

A aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade esteve prioritariamente voltada para conter a atuação do Executivo na esfera individual, conferindo legitimidade aos atos praticados no exercício do poder de polícia. Willis Santiago Guerra, citando Agustín Gordilho Filho, anota que:

“A decisão 'discricionária' do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é 'irrazoável', o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou se funde em fatos ou provas inexistentes; ou c) não guarde uma

⁴³⁰ Hely Lopes Meirelles. *Ibidem.*, p. 124.

proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar.”⁴³¹

Afirma Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Este princípio enuncia a idéia singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada, de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atrelados.”⁴³²

Enquanto no direito privado as partes têm autonomia para contratarem, podendo realizar negócios e praticar quaisquer atos jurídicos, independentemente de previsão legal, desde que não conflitam com normas de ordem pública (é o que se denomina de princípio da atipicidade dos negócios jurídicos privados), no âmbito do direito administrativo, a administração pública somente pode agir *secundum legem*, praticar atos tipificados na lei. Isto se consubstancia em uma garantia a moralidade administrativa.

Neste sentido escreve Michel Stassinopoulos,

⁴³¹ Willis Santiago Guerra Filho. *Ibidem.*, p. 75.

⁴³² Celso Antonio Bandeira de Mello. *Elementos de direito administrativo*. p. 66-67.

“É conhecida a passagem de autorizado autor, segundo o qual a administração pública deve agir nos limites de sua atribuição, vedado a ela agir *contra legem* ou *praeter legem*, mas sempre *secundum legem*, vale dizer, de conformidade com a lei e dentro dos limites dados por ela. Este fenômeno, que se pode chamar de princípio da submissão da administração à lei, do ponto de vista prático, retrata manifestamente a noção de estado de direito.”⁴³³

Esta obrigatoriedade de agir no sentido positivo da lei, indica a proteção da cláusula *due process* no direito administrativo. Conforme Carlos Ari Sundfeld,

“tal não significa a afirmação de um legalismo estrito. A Administração não age apenas de acordo com a lei; subordina-se ao que se pode chamar de bloco da legalidade. Não basta a existência da autorização legal: necessário atentar à moralidade administrativa, à boa-fé, à igualdade, à boa administração, à razoabilidade, à proporcionalidade – enfim, aos princípios que adensam o conteúdo das imposições legais.”⁴³⁴

O entendimento da doutrina norte-americana é no sentido de que o controle dos atos administrativos, pela própria administração e pela via judicial é manifestação do princípio do devido processo legal. Os limites

⁴³³ Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Paris, 1973, pp. 18/19. *apud.* Nelson Nery Junior. *Ibidem.*, p. 36.

⁴³⁴ Carlos Ari Sundfeld. *Ibidem.*, p. 31-32.

do poder de polícia da administração são controlados pela cláusula *due process*.⁴³⁵

Discorreu Augusto do Amaral Dergint sobre o assunto, nos seguintes termos:

“Assim como das leis, cabe ao Judiciário o exame meritório dos atos administrativos, inclusive os de caráter discricionário, que devem igualmente vencer o ‘teste de razoabilidade’ (test of reasonableness). O ‘devido processo legal’ serve como critério não apenas para a aferição da legalidade, mas também da moralidade administrativa, ambas de especial importância na área do poder de polícia.

Mais recentemente, não sem acirradas divergências, a jurisprudência brasileira vem exercendo controle meritório dos atos do Poder Público. Por exemplo, tem ela considerado inadmissível o ‘exame de consciência’ como requisito de aprovação em concursos públicos. Tem sido aplicado o ‘teste de razoabilidade’ também quanto ao poder tributante do Estado, a fim de que o tributo não se transforme em inaceitável confisco, em reverência a capacidade contributiva dos cidadãos.”⁴³⁶

Escreve G. MEYER⁴³⁷ que:

⁴³⁵ Nelson Nery, *Ibidem.*, p. 37.

⁴³⁶ Augusto do Amaral Dergint. *Ibidem.*, p. 253.

⁴³⁷ G. MEYER, no ser: “Lehrbuch des Deutschen Staatsrecht”. 7ª edição, aos cuidados de ANSCHÜTZ. Vol. III, § 178. *apud*. Francisco Campos. *Ibidem.*, p. 69-77.

“A lei, em princípio, não é causa determinante, nem finalidade da administração, mas constitui em relação a esta uma limitação. Deste princípio decorrem dois corolários: 1) à lei corresponde uma superioridade jurídica em face da administração; a administração nunca poderá fazer o que a lei proíbe, ou os seus atos não podem ser *contra legem*. 2) A administração só pode exercer em relação aos indivíduos os poderes que lhe são conferidos em lei. Somente dentro nos limites da lei, isto é, somente com fundamento em autorização legislativa, poderá a administração formular pretensões relativamente à propriedade ou à capacidade, contributiva dos indivíduos, ou lhe impor a aceitação de encargos ou obrigações, ou de lhes exigir que deixem de fazer o que a lei não os proíbe de fazer. Se se traduz o poder da administração como capacidade jurídica de ordenar e constranger, de intervir na esfera da liberdade e da propriedade dos indivíduos, então passa a valer a seguinte regra: a administração não pode tudo o que não lhe é vedado por lei, mas pode somente o que lhe é permitido em lei.”⁴³⁸

A própria Constituição estabelece limites às **liberdades pessoais**: de consciência e de crença; de exercício de profissão; de locomoção; de reunião; de associação; de propriedade, *in verbis*, art. 5º, inciso VI – “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”; inciso VIII – “ninguém

⁴³⁸ Tradução do Alemão para o português de Francisco Campos. Professor da Faculdade Nacional de Direito. Rio de Janeiro, 25 de maio de 1952.

será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (cláusula de objeção de consciência ou excusa de consciência); inciso XIII – “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”; inciso XV – “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”; inciso XVI – “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”; inciso XVII – “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”; inciso XXIII – “a propriedade atenderá a sua função social”; inciso XXIV – “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”, entre outros.

Administração Pública na aplicação da sanção (por ser ato que cerceia liberdades pessoais) deve estar apoiada pela lei para que tenha legitimidade e, além disso, é necessária que a sanção a ser imposta seja

proporcional a infração cometida. Não pode a autoridade em nome do poder de polícia que possui desrespeitar as liberdades públicas ou retirar os direitos fundamentais do indivíduo, que lhe são assegurados pela Lei maior, o direito de propriedade, de liberdade, o exercício de profissão regulamentada ou de atividade lícita.⁴³⁹ É nesse sentido que o devido processo sob o prisma substancial deve ser aplicado, pois tem como foco analisar se o ato praticado é racional, razoável se observou o princípio da razoabilidade. Aqui o que se prima é pela análise do conteúdo do ato administrativo e não de sua forma.

Cabe aqui destacar o grande questionamento causado pela Portaria do Incra nº 558, de 15 de dezembro de 1999, que em seu art. 1º, estabelece o cancelamento dos cadastros de imóveis rurais no Sistema Nacional de Cadastro Rural – SCNR, enquanto estiver sendo investigada eventual irregularidade na titularidade do imóvel. Em resposta à decisão do Incra tramita no Congresso Nacional o Projeto de Decreto Legislativo nº 225/2000, de iniciativa do Senador Jonas Pinheiro, que susta a mencionada Portaria nº 558 do Incra, com os seguintes termos:

“Art. 1º Fica sustada, desde a publicação, a Portaria/Incra/P nº 558/99, do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado de Política Fundiária e do

⁴³⁹ Hely Lopes Meirelles. *Ibidem.*, p. 117.

Desenvolvimento Agrário. Art. 2º Este decreto legislativo entra em vigor na data de sua publicação.”

A justificativa apresentada pelo Autor do Projeto de Decreto Legislativo, Senador Jonas Pinheiro é no sentido de:

“Tratar-se de medida de caráter administrativo do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, atentatória ao direito de propriedade garantido no inciso XXII do art. 5º da Constituição Federal; à **garantia do devido processo legal** correspondente, nos termos do inciso LIV do mesmo art. 5º, bem como à **ampla defesa**, também consagrada nos termos do inciso LV ainda do citado artigo.

O cancelamento sumário do cadastro de imóveis rurais no Sistema Nacional de Cadastro Rural – SNCR, sem nenhum processo que o regule e sem dar ao proprietário a oportunidade de se defender, constitui gravame intolerável e atenta, pois, contra a honra e a dignidade desse proprietário, fazendo-o sofrer, perante a sociedade e o mercado, uma séria discriminação, pela diminuição injusta do valor de seu imóvel.”⁴⁴⁰ (grifos nosso)

Os defensores da Portaria argumentam que ela tem por “objetivo combater a grilagem de terras de domínio da União e reverter para o patrimônio público terras sob o domínio irregular de particulares.”⁴⁴¹

⁴⁴⁰ Diário do Senado Federal. Quinta feira 12. Brasília. Outubro de 2000. p. 20311.

⁴⁴¹ Neste sentido a Senadora Serys Shlessarenko apresentou voto em separado. V. Congresso Nacional. Informe Parlamentar. Ano 01. nº 28. 07.05.03.

Discordando desta tese, assinala o Senador Jonas Pinheiro:

“Acreditamos que a cassação sumária do número de cadastro de um imóvel rural por se suspeitar que o seu registro possa ser nulo devido a alguma fraude ou a outra ilegalidade qual quer, não fará com que o mercado imobiliário o adquira pelo seu preço justo ou que, tendo sido submetido a uma violenta diminuição no seu valor de confiabilidade, possa ser considerado bom para ser dado como garantia em contrato de financiamento.

Além de não provocar uma consequência lógica e prática, estampa-se, indelével, nesse ato administrativo do Incra, a mácula da inconstitucionalidade, do desrespeito à ordem, aos direitos individuais, aos princípios basilares que de vem sustentar o Estado Democrático.

Há que se entender que o Sistema Cadastral de Imóveis Rurais é um conjunto, meramente declaratório, de informações prestadas pelos proprietários ou possuidores de imóveis rurais. Assim sendo, os respectivos CCIR - Certificados de Cadastro do Imóvel Rural, somente poderão ser tornados insubsistentes se comprovadas as nulidades que derem ensejo a tal medida.

O art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, que criou o Sistema Nacional de Cadastro Rural, diz que os documentos expedidos pelo Incra para fins cadastrais não fazem prova de propriedade ou de direitos a ela relativos.

Ora, se o CCIR não faz prova de propriedade nem tampouco dos direitos a essa propriedade, não há de restar razão subjacente para cassar os CCIR.

Fica a parecer que se trata apenas e unicamente de um ato voluntarioso para pressionar, humilhar, constranger, hostilizar o proprietário e, enfim, congelar a sua propriedade.

Afinal, ser proprietário é exercer um direito consagrado pela Constituição Federal e não se pode, nos dias de hoje, julgá-lo atentatório às dificuldades porque passa a sociedade, principalmente se esta cumpre a sua função social.

Portanto, considero a Portaria/Incra/P nº 558/99, aqui tratada, um ato normativo do Poder Executivo que exorbita o seu poder regulamentar e excede os limites impostos pela Constituição Federal.

O Congresso Nacional, no exercício de sua competência exclusiva, prevista no art. 49, inciso V, da Carta Maior, deverá, na defesa da ordem democrática e do Estado de Direito, sustar a referida Portaria/Incra/P nº 558/99, em caráter de urgência.

Sala das Sessões, 11 de outubro de 2000. – Senador Jonas Pinheiro. (À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.).⁴⁴²

Cabe registrar que após longo debate, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, adiou, por 15 (quinze) dias⁴⁴³,

⁴⁴² Diário do Senado Federal. Quinta feira 12. Brasília. Outubro de 2000. p. 20311.

a votação deste Projeto de Decreto Legislativo, tendo o relator da matéria, Senador Juvênio da Fonseca, manifestado entendimento que:

“o cancelamento sumário do cadastro, sem processo e sem defesa, ‘constitui gravame intolerável, que atenta contra a honra e a dignidade do proprietário, submetendo-o à humilhação perante a sociedade e o mercado e atingindo-lhe o patrimônio com a injusta diminuição do valor venal de seu imóvel.’”⁴⁴⁴

Conforme doutrina Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“É que, como antes salientado, a certeza de que também a Administração Pública atua atingindo o patrimônio de bens jurídicos das pessoas e que carece por isso mesmo de processo o seu desempenho, determinou a expansão do princípio também ao campo do direito administrativo. Aqui, mais que a retidão e justiça determinantes da juridicidade dos comportamentos impôs-se, no conteúdo do **princípio do devido processo legal administrativo**, o da moralidade administrativa. O denominado **poder de polícia** exercido pela Administração Pública teve o seu contraponto democratizador exatamente a cláusula asseguidora do **devido processo legal administrativo**. Esse princípio passou a se constituir uma baliza na idéia democrática da limitação do poder público. E não apenas como limite

⁴⁴³ A última ação relativa ao Projeto de Decreto Legislativo, ocorreu em 15.04.2004, na CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado. Situação: Pronto para a Pauta na Comissão. Texto: Recebido o relatório do Senador Garibaldi Alves Filho, com voto pela aprovação do Projeto. Matéria pronta para a Pauta na Comissão.

⁴⁴⁴ Congresso Nacional. Informe Parlamentar. Ano 01. nº 28. 07.05.03.

formal, mas como limite positivo **material**, a dizer, não somente como forma de extrema negativa, além do qual o poder não poderia atuar por adentrar o patrimônio jurídico protegido de alguém, mas também como limite material positivo no sentido de que o conteúdo das decisões administrativas e a impositividade de sua prática justa e adequada ao sistema jurídico marca-se e controla-se pelo princípio do devido processo legal. Alastrou-se, ainda mais, o conteúdo do princípio a albergar-se, presentemente, o próprio processo de formação do direito. A feitura das normas subsume-se ao **princípio do devido processo legal** e por aí se reporta e se cumpre o **princípio da razoabilidade e justiça** que nelas se deve ter atendido.”⁴⁴⁵ (grifos nosso)

É de suma importância destacarmos que nem sempre os fins poderão justificar os meios. Em seus atos a Administração Pública pode e deve em casos de extrema necessidade agir restringindo os direitos individuais em busca do interesse coletivo, porém, jamais deverá extrapolar os limites estabelecidos pela lei e pela Constituição em observância aos princípios nela estabelecidos. A garantia do devido processo legal, direito fundamental do indivíduo, consiste em última análise em cláusula garantia da legalidade, proporcionalidade, razoabilidade e motivação dos atos da Administração Pública, as medidas restritivas de direitos além da admissibilidade constitucional devem ser compatíveis com o princípio da proporcionalidade.

⁴⁴⁵ Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Ibidem.*, p. 204.

4.1.2 Devido processo legal substantivo e a Lei de procedimento administrativo nº 9.784/99

O processo administrativo será obrigatório quando houver previsão constitucional, legal ou mesmo quando estiver previsto no ato administrativo a ser praticado. A Constituição dispõe no art. 175, *caput*. “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Ao exigir a licitação garante também a Constituição o devido processo legal, isto fica evidenciado com maior clareza se interpretarmos este artigo sistematicamente com o art. 37, XXI, que assinala a obrigatoriedade de **processo** nas licitações, a saber “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante **processo** de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes...”.

A Lei Federal 9.784 de 29 de janeiro de 1999, veio regulamentar o processo administrativo disciplinar na Administração direta e indireta dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Os processos administrativos disciplinares continuarão sendo regidos, via de regra, pela Lei 8.112/90, Estatuto dos Servidores Públicos Federais, a Lei 9.784/99 terá aplicação subsidiária nas hipóteses não previstas pelo Estatuto, é o que se depreende da leitura do art. 69 da Lei 9.784/99: “Os processos

administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”.

A Lei nº 9.784/99, em seu art. 2º, dispõe que:

“A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da **legalidade**, finalidade, motivação, **razoabilidade**, **proporcionalidade**, moralidade, **ampla defesa**, **contraditório**, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. (grifos nosso)

Conforme se pôde observar fez referência tanto ao princípio da razoabilidade quanto ao da proporcionalidade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que embora a Lei de Normas Básicas do Processo Administrativo da União “faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro.”⁴⁴⁶ Isto porque:

“o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige **proporcionalidade** entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão

⁴⁴⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. p. 81.

administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, in RDP 65/27). Se a decisão é **manifestamente inadequada** para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da **discricionariedade** e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade.”⁴⁴⁷ (grifo nosso)

Na lição de Lúcia Valle Figueiredo,

“discricionariedade é a competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, **dentro de um critério de razoabilidade**, e afastado de seus próprios *standards* ou **ideologias**, portanto, dentro do critério da razoabilidade geral, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.”⁴⁴⁸

Para Maria Sylvia Di Pietro:

“O princípio da razoabilidade, sob a feição de proporcionalidade entre meios e fins, está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784, que impõe à Administração Pública: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos

⁴⁴⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Ibidem.*, p. 81.

⁴⁴⁸ Lúcia Valle Figueiredo. *Discricionariedade: poder ou dever?* p. 128-129.

administrados (inciso VIII); adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inciso IX); e também está previsto no artigo 29, § 2º, segundo o qual 'os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes.'⁴⁴⁹

Estabelece o art. 3º, incisos I ao IV da Lei nº 9.784/99, que o administrado tem perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados o direito de ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações; ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; e fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Pode-se notar que a lei em questão fortaleceu o Estado de Direito ao prever princípios já consagrados na Constituição no art. 5º, inciso LV, concomitante com o 37, *caput*, como, o da legalidade, ampla defesa, contraditório, moralidade e eficiência, além de outros como, por exemplo,

⁴⁴⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Ibidem.*, p. 81-82.

os da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e interesse público.

Neste sentido, em sede de Mandado de Segurança, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 11.06.2003, por decisão unânime, deferiu a segurança, nos termos do voto do Relator, entendendo que:

“A notificação prévia do proprietário rural, em tema de reforma agrária, traduz exigência imposta pela cláusula do devido processo legal. - A vistoria administrativa do imóvel rural, na fase preliminar do procedimento expropriatório instaurado para fins de reforma agrária, deve ser precedida de notificação pessoal, dirigida ao proprietário rural, sob pena de desrespeito a cláusula constitucional do *due process of law*, cuja inobservância afeta a própria declaração expropriatória, invalidando-a desde o momento em que formalmente veiculada em decreto presidencial. (...).”⁴⁵⁰

Observa Antônio Carlos Alencar Carvalho que a própria Lei 9.784/99,

“conquanto de forma não conclusiva e em *numerus apertus*, indicou os reflexos desses princípios sobre o processo administrativo, inclusive o inquérito disciplinar, intitulando-os de critérios de atuação vinculantes da atividade da

⁴⁵⁰ Mandado de Segurança nº. 23006. Relator Min. Celso de Mello. DJ Nr. 166 - 29/08/2003 - Ata Nr. 25 - Relação de Processos do Plenário.

Administração (art. 2º, parágrafo único, I a XIII). Assim, o **princípio do devido processo legal** vem expresso como critério de atuação conforme a lei e o Direito (art. 2º, parágrafo único, I); **os da finalidade e do interesse público** como o atendimento a fins de interesse geral (art. 2º, parágrafo único, II); **os da proporcionalidade e da razoabilidade** como a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias (art. 2º, parágrafo único, VI); **o da moralidade e da motivação** com a atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (art. 2º, parágrafo único, IV) e a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão (art. 2º, parágrafo único, VII), dentre outros critérios indicados.”⁴⁵¹

Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o Estado não pode atuar arbitrariamente ao aplicar punições disciplinares ou de restrição a direitos. A desconsideração ao postulado da plenitude de defesa vicia o ato,

“pois o reconhecimento da legitimidade etico-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de

⁴⁵¹ Antônio Carlos Alencar Carvalho. Reflexos da Lei 9784/99 no processo administrativo disciplinar no âmbito da Administração Federal. procurador do Distrito Federal, advogado em Brasília (DF) (<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=408>) visitado dia 01/03/2002, às 20:00 horas.

procedimento meramente administrativo (CF, art. 5., LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal.”⁴⁵²

Importante observação faz Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“Quanto ao processo administrativo, o princípio do devido processo constitucionalmente assegurado significa, em primeiro lugar, o dever da Administração Pública de atuar material e formalmente segundo o que o direito determine, fazendo com que o desempenho dessa atividade se faça por uma relação tendo como um dos pólos o administrado, que participa da dinâmica administrativa; em segundo lugar, o direito desse administrado de que essa relação se desenrole segundo os princípios que conferem segurança jurídica a seu patrimônio. Assim, o devido processo legal administrativo concerne tanto à forma quanto ao conteúdo das decisões administrativas e por ele se garante a certeza tanto do dever público quanto do direito do particular na relação administrativa.”⁴⁵³

Nos procedimentos administrativos, principalmente para análise de punição, as formas previstas em lei deverão ser respeitadas. Trata-se de exigência, em respeito ao devido processo legal, que a sanção aplicada não pode ser irresponsável, mas moderada, relativa à gravidade do fato, razoável e proporcional ao ilícito praticado.

⁴⁵² Ag.Reg.no Agravo de Instrumento Nr. 241201. Relator Min. Celso de Mello. DJ Nr. 182 - 20/09/2002 - Ata Nr. 29 - Relação de Processos da 2ª Turma. Revista: RTJ 183 /1 PAG-371. (RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência).

⁴⁵³ Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Ibidem.* p. 205.

4.1.2.1 Verdade Sabida e o devido processo legal substantivo

A Constituição brasileira de 1988 colocou termo ao arbítrio do administrador que prevalecia no procedimento da “verdade sabida”⁴⁵⁴, em que a autoridade tomava conhecimento de uma infração praticada pelo servidor e o punia, sem sequer ouvi-lo.

Na concepção de Hely Lopes Meirelles:

“verdade sabida é o conhecimento pessoal da infração pela própria autoridade competente para punir o infrator. Tal ocorre, p. ex., quando o subordinado desautora o superior no ato de recebimento de uma ordem ou quando em sua presença comete falta punível por ele próprio. Em tais casos, a autoridade competente, que presenciou a infração, aplica a pena pela verdade sabida, consignando no ato punitivo as circunstâncias em que foi cometida e presenciada a falta. Esse meio sumário só é admissível para as penalidades cuja imposição não exija processo administrativo disciplinar. Tem-se considerado, também, como verdade sabida a infração pública e notória, estampada na imprensa ou divulgada por outros meios de comunicação de massa. O essencial para se enquadrar a falta na verdade sabida é seu conhecimento direto pela autoridade competente para puni-la, ou sua notoriedade irretorquível. Não obstante, embora sem rigor formal, deve-se assegurar a possibilidade de

⁴⁵⁴ Hely Lopes Meirelles. *Ibidem.*, 1995. p. 598-599.

defesa”⁴⁵⁵.

Atualmente, com a inserção do devido processo legal na Constituição e a própria Lei 9784/99, reforçando o que já está previsto no texto constitucional, não se pode aceitar a “verdade sabida”⁴⁵⁶, é necessário apurar a falta, garantir o contraditório e a ampla defesa. O Supremo Tribunal Federal já entendia neste sentido, antes mesmo de previsão expressa no texto constitucional. Afirmava ser “necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido

⁴⁵⁵ Hely Lopes Meirelles. *Ibidem.*, 1995 p. 598-599.

⁴⁵⁶ **Ato Disciplinar Punitivo – Oportunidade de esclarecimentos. Relator: Jirair Aram Meguerian.**
 Ementa: Administrativo. Constitucional. Ato Disciplinar punitivo. Suspensão inferior a 30 dias. Ampla defesa. Constituição Federal 1967, redação emenda 1/69, art. 153, § 15. Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV. Verdade Sabida. I – Mesmo na vigência da Ordem Constitucional anterior, a ampla defesa era indispensável para aplicação de punições a servidores na esfera administrativa, por construção jurisprudencial. II – Ainda que de prazo inferior a 30 (trinta) dias a pena suspensiva, aplicada pela autoridade competente, é nulo o ato se não concedida ao servidor oportunidade de, pelo menos, esclarecimentos. III – A Verdade Sabida, mesmo considerada como prova suficiente, não pode dispensar a defesa do indiciado. IV – Breve sindicância não se equipara a apuração de infração, se não houve oitiva ou oportunidade de oitiva do suposto sindicado. TRF da 1ª Região – 2ª T. – REO 91.01.170.99-6-DF – j. 27.02.1996 – rel. Juiz Jirair Aram Meguerian. **ACÓRDAO** – “Decide a Turma, por maioria, negar provimento à Remessa Oficial.” 2ª T. do TRF da 1ª Região – 27.02.1996. Juíza Assusete Magalhães, Presidente – Juiz Jirair Aram Meguerian, Relator. Voto – Exmo Sr. Juiz Jirair Aram Meguerian (Relator); “A sentença merece confirmação pelos seus próprios fundamentos, a saber: A punição disciplinar questionada estribou-se em breve sindicância mandada proceder, a fim de apurar suposto ilícito administrativo perpetrado pelo autor. Em decorrência da referida sindicância, o demandante foi apenado com 10 (dez) dias de suspensão. Do procedimento investigatório, autor só tomou conhecimento de sua conclusão, a qual culminou com a aplicação da penalidade aludida, posto ter-lhe sido sonegado qualquer direito de defesa, ainda que fosse para prestar esclarecimento sobre sua conduta tida como delituosa. A questão cinge-se, por conseguinte, em saber-se se a autoridade administrativa pode aplicar uma penalidade ao servidor sem que ele possa defender-se. A autoridade sustenta a legalidade do ato, ocudando-se no critério da verdade sabida, o que dispensaria o oferecimento de qualquer defesa da parte do transgressor. Data vênia, sem razão, no particular. Em verdade, o direito a ampla defesa, da tradição do nosso Direito Constitucional (art. 153, § 15; CF/69 e art. 5º, IV, da Carta vigente), impede a que qualquer cidadão seja apenado, quer na esfera judicial, quer se trate de delito administrativo, sem que lhe seja dada oportunidade de defender-se. A faculdade de julgar-se alguém pela verdade sabida, apenas confere ao administrador o poder de utilizar-se de meios sumários no procedimento apuratório, não significando isso dizer, que ele possa arrostar o elementar direito de defesa cometido ao acusado, na forma dos preceitos constitucionais acima referidos. O agir da Administração, na espécie, máxime porquanto violador de um direito do demandante amparado constitucionalmente, configura flagrante ilegalidade, visto não guardar observância à cláusula do *due process of law* aplicado, também, ao procedimento administrativo. 2. Inexiste nos autos comprovação, sequer alegação, de que na chamada breve sindicância o autor fora ouvido ou lhe tenha sido dada vista do procedimento. Portanto, inexistiu sindicância”. (RT. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 5. nº 19. 1997. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional)

por concurso”⁴⁵⁷ e, que “funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.”⁴⁵⁸

A instrução deverá ser célere o suficiente para garantir eficiência e segurança jurídica. Conforme salienta Antônio Carlos Alencar Carvalho:

“O que importa registrar é o dever de observância pelas comissões processantes e pela autoridade julgadora dos princípios estabelecidos no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/99, e os seus reflexos nos atos processuais realizados no curso dos feitos administrativos disciplinares, sob pena de ilegalidade que pode tornar nulo o ato praticado e os que dele decorram, afigurando-se oportuno consignar que a Administração Pública deve sempre pautar toda a sua atividade com respeito à lei e aos preceitos do direito positivo e aos princípios gerais do direito, sob pena de controle de ilegalidade perante o Poder Judiciário.”⁴⁵⁹

Em que pese os processualistas ensinarem que no âmbito da Administração Pública existe procedimento e não processo administrativo, a Constituição de 1988 traz em diversos dispositivos a expressão processo administrativo. Ver, art. 5º, inciso LV. "Aos litigantes, em **processo** judicial

⁴⁵⁷ Súmula 20.

⁴⁵⁸ Súmula 21.

⁴⁵⁹ Antônio Carlos Alencar Carvalho. Reflexos da Lei 9784/99 no processo administrativo disciplinar no âmbito da Administração Federal. procurador do Distrito Federal, advogado em Brasília (DF) (<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=408>) site acessado no dia 01/03/2002.

ou **administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes", art. 41, § 1º, inciso II. "O servidor público estável só perderá o cargo: mediante **processo administrativo** em que lhe seja assegurada ampla defesa". No artigo 41, inciso III, é importante destacar que, mesmo quando se refere a procedimento assegura também o direito à ampla defesa, "mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa" (grifos nosso).

Para Hely Lopes Meirelles, **processo administrativo disciplinar**, impropriamente chamado de inquérito administrativo, consiste em "meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração"⁴⁶⁰, está fulcrado na disciplina que submete aqueles que estão vinculados a administração. Assinala o mestre que:

"O processo disciplinar é sempre necessário para a imposição de pena de demissão ao funcionário estável, tendo a Jurisprudência entendido que também o é para o efetivo, ainda que em estágio probatório. Para os demais servidores o ato demissório dependerá das exigências constantes do estatuto ou das normas especiais pertinentes, podendo a

⁴⁶⁰ Hely Lopes Meirelles. *Ibidem.*, 1995. p. 596.

apuração da falta ser feita por meios sumários, desde que assegurada a defesa.”⁴⁶¹

Sobre o **processo punitivo** ensina o mestre ser “todo aquele promovido pela Administração para a imposição de penalidade por infração a lei, regulamento ou contrato. Esses processos devem ser necessariamente contraditórios, com oportunidade de defesa estrita observância do devido processo legal (*due process of law*), sob pena de nulidade da sanção imposta”. Não importa se será realizado por um representante ou por uma comissão da Administração. “O essencial é que se desenvolva com regularidade formal em todas as fases, para legitimar a sanção imposta a final.”⁴⁶²

As normas do processo penal que não se conflitarem com as normas administrativas poderão ser aplicadas subsidiariamente. Mesmo tratando-se de ato discricionário a graduação das sanções não pode ser arbitrária, devendo

“guardar correspondência e proporcionalidade com a infração apurada no respectivo processo, além de estar expressamente prevista em norma administrativa, pois não é dado à Administração aplicar penalidade não estabelecida em lei, decreto ou contrato, como não o é sem o devido

⁴⁶¹ Hely Lopes Meirelles. *Ibidem.*, 1995. p. 596.

⁴⁶² Hely Lopes Meirelles. *Ibidem.*, 1995. p. 595.

processo legal, que se erige em garantia individual de nível constitucional.”⁴⁶³

Indubitavelmente em um Estado de Direito, o princípio do devido processo legal está inserido também na Administração Pública, como um conjunto de garantias que visam à proteção dos direitos do indivíduo frente à Administração, exigindo desta uma atuação subordinada ao império da lei. No dizer de Carmen Antunes Rocha:

“É nessa cultura administrativa antidemocrática que se releva a importância do processo administrativo, especialmente o disciplinar, para o administrado. É que se não estiver juridicamente amparada a competência e formalmente realizada a atividade processual da Administração Pública surge o que pode ser considerado um ‘poder punitivo informal’ exercido antijuridicamente por administradores atuando abusivamente. (...). O que é uma manifestação da responsabilidade estatal e funcional e uma garantia de que o princípio da responsabilidade com a sociedade, com a Administração Pública e segundo o Direito será obedecido converte-se, então, em irresponsabilidade do agente descuidado em processar ou abusivo ao punir sem formalidade e sem processo.”⁴⁶⁴

Por isso, defendemos que o termo “litigantes” do inciso LV, do art. 5º, da Constituição de 1988 deve ser interpretado no sentido “*lato*

⁴⁶³ Hely Lopes Meirelles. *Ibidem.*, 1995. p. 595.

⁴⁶⁴ Carmen Lúcia Antunes Rocha. *Ibidem.*, p. 201.

sensu”, englobando também os administrados que estiverem envolvidos em processos administrativos. No mesmo sentido a palavra “acusado”, que em última análise, significa todos aqueles que se encontram perante a Administração Pública em situação de sofrer qualquer tipo de restrição como punição, por omissão ou ação praticada.

Pela redação do próprio texto constitucional podemos observar que havendo litígio, nos casos em que há aplicação de sanção administrativa, privação de bens, restrições de direitos e etc, não pode a Administração atuar como outrora, de imediato, sigilosamente, sem dar oportunidade à parte de se defender, sob pena de nulidade. A Constituição e lei estabelecem os limites de atuação da Administração, por meio de um processo. Sob este ângulo o processo se constitui em instrumento de prevenção para a prática de atos legítimos. Desde que sejam observados os princípios norteadores da Administração Pública, como o da igualdade, o da moralidade administrativa, o da eficiência e etc.

4.1.3 Possibilidade de controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos com o advento do devido processo legal substantivo

A jurisdição é a atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos. Os juízes agem em substituição as partes que não podem fazer justiça com as próprias mãos

(vedada a autodefesa). Resta as partes a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional.

No Brasil adotou-se o sistema chamado **anglo-saxão** ou da **jurisdição única**, sendo o Judiciário é o único a poder proferir decisão com cunho de definitividade. Assim, pode o Judiciário examinar os atos administrativos quanto à sua legalidade. Todavia, ainda predomina o entendimento de o Judiciário não poder apreciar o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade).

Sobre esta questão José Afonso da Silva ensina:

“Outro princípio envolvido na problemática em exame é o da *‘justicialidade’* do ato, ou seja: a possibilidade de submissão dos atos administrativos ao controle jurisdicional, para que o juiz declare sua conformidade à lei ou o anule. Sendo vinculado, o ato fica sempre sujeito a esse controle. Mas o problema da atividade discricionária se põe aí, porque, exatamente por não ser regulada em lei, refoge ao controle de legalidade, nos limites da discricionariedade, claro, ainda que o Judiciário venha ampliando esse controle, em observância daquelas regras antes não-jurídicas, mas agora constitucionalizadas (moralidade, probidade, finalidade pública, impessoalidade etc.), a que a Administração deve adequar-se para poder dar às suas decisões caráter de *razoabilidade*, de *logicidade*, de *congruência*, faltando o qual as decisões se manifestam

viciadas de *excesso de poder*, saindo, por assim dizer do campo da discricionariedade para ingressar no limiar da arbitrariedade.”⁴⁶⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destacando a importância de se distinguir entre atos discricionários e atos vinculados concernente ao controle pelo Poder Judiciário, ensina que

“em relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu.”⁴⁶⁶

Com referência aos atos discricionários, entende ser possível o controle pelo Poder Judiciário “mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.”⁴⁶⁷ A discricionariedade consiste em um poder delimitado previamente pelo legislador, ou seja, um espaço livre para a atuação da Administração Pública, que não pode ser invadido pelo Judiciário, senão ele

“estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha, a **opção legítima** feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor

⁴⁶⁵ José Afonso da Silva. *Ibidem.*, 1999. p. 429.

⁴⁶⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Ibidem.*, p. 202.

⁴⁶⁷ *Ibidem.*

do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.”⁴⁶⁸

Entende Maria Sylvania Zanella Di Pietro, todavia, que nos atos discricionários, a rigor,

“o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.”⁴⁶⁹

Objetivando estabelecer limites a Administração Pública no exercício do poder discricionário, existem teorias, como, por exemplo, a do desvio de poder – quando a autoridade desvia da finalidade de interesse público que lhe era permitido dentro dos limites da discricionariedade que lhe foi atribuída pela lei. Neste caso, o Judiciário pode anular o ato discricionário do administrador.

A teoria dos motivos determinantes também pode levar a anulação do ato pelo Judiciário que analisará os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. Isto porque a Administração Pública estando vinculada à motivação, os fatos constantes do ato precisam ser verdadeiros.

⁴⁶⁸ Ibidem.

⁴⁶⁹ Ibidem.

Concernente às **noções imprecisas**⁴⁷⁰ utilizadas com frequência pelo legislador para designar o motivo e finalidade do ato (interesse público, conveniência administrativa, moralidade e etc.), aumenta no direito brasileiro a intenção de estabelecer cada vez mais limites à atividade discricionária da Administração. Neste caso,

“alguns autores apelam para o **princípio da razoabilidade** para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei.”⁴⁷¹ (grifo da autora)

Os atos do Poder Público devem observar o princípio da moralidade dos atos administrativos, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição brasileira. Menciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

“Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da **interpretação** (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da **vontade** do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração

⁴⁷⁰ Trata-se daquilo que os doutrinadores alemães chamam de “conceitos legais indeterminados”. cf. Martin Bullinger, 1987. *apud*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Ibidem.*, p. 203.

⁴⁷¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Ibidem.*, p. 203.

Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.”⁴⁷² (grifos da autora)

Para Cármem Lúcia Antunes Rocha:

“O devido processo legal administrativo compreende mesmo os princípios que informam a feitura do ato administrativo, tais como o da **razoabilidade** e o da **proporcionalidade**, de tal modo que ele traz não apenas a principiologia do processo, mas extrapola a forma e compromete a substância do provimento administrativo.

Afinal, o que é reto e justo constitui a essência da legitimidade de qualquer comportamento, seja ele havido numa relação ou num ato administrativo unilateral.”⁴⁷³

(grifos nosso)

Em que pese grande parte da doutrina e da jurisprudência brasileira ainda defender que ao Poder Judiciário cabe somente a anulação do ato da administração pública por inobservância da forma legal (ilegalidade), tendo como principal argumento o da preservação do princípio da independência e harmonia entre os poderes, entendemos que o devido processo legal em sua dimensão substancial possibilita ao Judiciário a anulação do ato administrativo pela análise do mérito. Anota Nelson Nery que,

⁴⁷² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Ibidem.*, p. 204.

⁴⁷³ Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Ibidem.*, p. 205.

“a doutrina norte-americana tem-se ocupado do tema, dizendo ser manifestação do princípio do devido processo legal o controle dos atos administrativos, pela própria administração e pela via judicial. Os limites do poder de polícia da administração são controlados pela cláusula *due process*.”⁴⁷⁴

É perceptível no Brasil, na doutrina e na jurisprudência, o avanço neste sentido. Nos Tribunais Superiores fica claro este entendimento, como, por exemplo, em decisões em tema sobre a idade mínima para concurso, onde tem prevalecido a orientação de que a exigência de idade mínima deve ter pertinência com o desempenho da função e não com a inscrição propriamente dita para o provimento do cargo. Ou seja, os critérios determinados pelo administrador para o preenchimento do devem ser razoáveis e compatíveis com as atribuições do cargo. Neste sentido as 5ª e 6ª Turmas do STJ, têm se manifestado, *in verbis*:

“Não é possível a legislação ordinária ou edital fixar limite de idade para ingresso em serviço público, sem que se observe os critérios de razoabilidade e de compatibilidade com as atribuições do cargo, consoante o art. 7º, XXX, da Constituição Federal.”⁴⁷⁵

⁴⁷⁴ Nelson Nery Junior. *Ibidem.*, p. 36-37.

⁴⁷⁵ Ver a título de amostragem decisões do Superior Tribunal de Justiça: 5ª T – ROMS 13902 PE Decisão: 17/12/2002 DJ:17/02/2003 (unânime); 5ª T – ROMS 12399 RO Decisão: 17/09/2002 DJ: 14/10/2002 (unânime); 5ª T – ROMS 5480 RS Decisão: 07/10/1999 DJ: 03/11/1999 (unânime); 5ª T – ROMS 9512 RS Decisão: 16/09/1999 DJ: 14/02/2000 (unânime); 5ª T – ROMS 5009 RS Decisão: 21/10/1997 DJ: 24/11/1997 (unânime); 6ª T – ROMS 14437 PE Decisão: 06/05/2003 DJ: 30/06/2003 (unânime); 6ª T – ROMS 14156 PE Decisão: 27/08/2002. DJ: 16/09/2002 (unânime); 6ª T – ROMS 6159 RS Decisão:

No mesmo sentido tem se manifestado o STF⁴⁷⁶.

4.1.4 Impossibilidade de aplicação de punição disciplinar militar sem observância do devido processo legal substancial

A atividade militar possui especificidades que justificam condutas mais rígidas para preservação da manutenção da hierarquia e disciplina. Porém, neste âmbito também, a observância ao devido processo legal é requisito necessário principalmente para legitimação de aplicação de punições.

O poder disciplinar que possui o Estado, aqui representado pelas autoridades militares competentes para aplicar a punição em caso de transgressão disciplinar, comporta algumas exceções como o não cabimento de *Habeas Corpus* contra punições militares, a possibilidade de prisão pela própria autoridade militar, em caso de transgressões disciplinares, prevista no texto constitucional, sendo que a regra é a prisão do indivíduo por ordem

09/10/2001 DJ: 25/02/2002 (unânime); 6ª T – RESP 170839 RS Decisão: 11/05/1999 DJ: 21/06/1999 (maioria); 6ª T – RESP 190821 SP Decisão: 14/12/1998 DJ: 22/02/1999 (unânime); e 6ª T – ROMS 8123 RS Decisão: 13/05/1997 DJ:12/08/1997 (unânime). A exigência de idade mínima tem pertinência com o desempenho da função, não com a inscrição em concurso para o provimento do cargo, ver 5ª T – ROMS 12927 RS Decisão: 17/09/2002 DJ: 21/10/2002 (unânime); 5ª T – ROMS 11904 MG Decisão: 13/11/2001 DJ:04/02/2002 (unânime). Princípio da isonomia, ver 6ª T - ROMS 4385 RS DECISÃO: 13/09/1994 DJ: 17/03/1997 (maioria); e Concurso de militar – Limitação de idade anterior a EMC 18/98), ver 6ª T - RESP 149471 RS Decisão: 25/11/1998 DJ: 18/12/1998 (unânime); 1ª S – MS 303 DF Decisão: 05/05/1992 DJ: 08/06/1992 (unânime).

⁴⁷⁶ Ver a título de amostragem decisões do Supremo Tribunal Federal: 1ª T - RE 156404 BA Decisão: 24/08/1993 DJ:01/10/1993 (maioria); 2ª T – RE 212066 RS Decisão: 18/09/1998 DJ:12/03/1999 (maioria); Pleno - RMS 21033 DF Decisão: 01/03/1991 DJ: 11/10/1991 (maioria); Pleno - RMS 21046 RJ Decisão: 14/12/1990 DJ:14/11/1991 (maioria); Pleno - ADIN 243 RJ Decisão: 01/02/2001 DJ/DOU: 13/02/2001(maioria); e 2ª T - RE 182432 RS Decisão:05/03/2002 DJ:05/04/2002 (unânime). Limite mínimo de idade para concurso exigência de lei. 2ª T - RE 182432 RS Decisão:05/03/2002 DJ:05/04/2002 (unânime).

de autoridade judicial competente, escrita e fundamentada. Dispõe a Constituição que:

“Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de **transgressão militar** ou crime propriamente militar, definidos em lei” (art. 5º, inciso LXI). (grifo nosso)

A Constituição estabelece o princípio da presunção de inocência, art. 5º, inciso LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; do contraditório e ampla defesa, inciso LV - “aos litigantes, em processo judicial ou **administrativo**, e aos **acusados em geral** são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; e do devido processo legal (do qual os anteriores, em última análise são corolários) no inciso LIV - “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (grifos nosso)

A simples interpretação literal dos artigos acima citados justifica a conclusão de que no Estado de Direito o devido processo legal é um dos principais instrumentos de garantia das liberdades, do respeito aos direitos fundamentais inerentes ao indivíduo que deve ser observado mesmo em processos para aplicações de sanções disciplinares. Aliás, em sua origem histórica o devido processo legal teve como grande objetivo

estabelecer limites aos abusos praticados pelo rei, que se intitulavam representantes de Deus para justificarem suas ações.

Como em sua forma processual o devido processo legal consiste em garantia de procedimento punitivo previamente estabelecido, a ser seguido para aplicação da pena, cabe obviamente observar o contraditório e a ampla defesa sob pena de nulidade do ato punitivo. Neste sentido cabe destacar decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“Ementa: Policial militar do Estado de Santa Catarina. Licenciamento a bem da disciplina. Invocação do estatuto da polícia militar. Ausência de procedimento administrativo para o esclarecimento das faltas apontadas como infrações disciplinares, capazes de autorizá-lo, verificando-se completa omissão de defesa. O Judiciário, mesmo sem entrar no mérito da atuação administrativa, tem poderes para examinar o ato sob o prisma constitucional do devido processo legal e da ampla defesa.”⁴⁷⁷

Nos quartéis, as autoridades, curvando-se à Constituição têm orientado para não se aplicar punições sem dar ao militar transgressor o direito a ampla defesa, inclusive ao indiciado no inquérito militar. Ou seja, como decidiu a jurisprudência citada e no sentido da doutrina majoritária.

477 STF Re-165680/SC – Rel.: Ministro Ilmar Galvão. (DJ de 15.09.95 os. 29535 Ementa. vol. 01800-09 pp-0165).

Também “STJ RMS 1.074/ES. Rel.: Min. Peçanha Martins. – Processo Disciplinar – Fato qualificado – Garantia de defesa. – A portaria inaugural e o mandado de citação, no processo administrativo, devem explicitar os atos ilícitos atribuídos ao acusado. Ninguém pode defender-se eficazmente sem pleno conhecimento das acusações que lhe são imputadas. Apesar de informal, o processo administrativo deve obedecer às regras do devido processo legal. – Recurso conhecido e provido”. In RDA vol. 188, p. 136.

A questão da segurança pública é um problema grave para a própria população que, em muitos casos, se sente ameaçada com a presença de policiais civis ou militares. A prática de atos ilícitos por militares que se deixam levar pelas circunstâncias não pode servir como elemento justificador de punições sem o devido processo legal, seja na órbita penal, civil ou administrativa. Não pode também o militar ser excluído do serviço público sem ter o direito de defesa, garantia constitucional.

Os tribunais têm decidido pela nulidade de punições aplicadas sem a observância do devido processo legal, como podemos constatar na decisão unânime da 2ª Turma do STF, de 27.08.2002:

“Ementa: processo administrativo - restrição de direitos - observância necessária da garantia constitucional do *due process of law* (cf, art. 5., LV) - reexame de fatos e provas, em sede recursal extraordinária - inadmissibilidade - recurso improvido. restrição de direitos e garantia do *due process of law*. - **O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art.**

5., LV), a **fiel observância do princípio do devido processo legal**. A jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal** tem reafirmado a **essencialidade desse princípio**, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, **rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade**, ainda que em sede **materialmente administrativa**, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina. (...).⁴⁷⁸ (grifos nosso)

A Constituição Federal de 1988 fortaleceu o Estado de Direito ampliando os direitos e garantias individuais do indivíduo coibindo o abuso de autoridade. Os administradores, ao julgar seus administrados, devem fazê-lo em adequação ao texto constitucional com imparcialidade, garantindo a amplitude de defesa, o contraditório, o direito à apresentação de provas, de forma objetiva, sob pena de nulidade da punição aplicada. Não é o fato de ser militar, e em nome da disciplina e hierarquia, que se justifica o desrespeito e a arbitrariedade na aplicação de sanções. O inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição Federal, incluído pela EC 45/2004, estabeleceu que: “**a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.**” (grifos nosso)

É importante observar também que em sua forma substancial

⁴⁷⁸ Ag. Reg. no Agravo de Instrumento Nr. 241201. 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Agravante: Estado de Santa Catarina. DJ Nr. 182 - 20/09/2002 - Ata Nr. 29. Revista: RTJ 183 /1 PAG-371.

o devido processo legal garante ao militar punido o direito a uma sanção razoável e proporcional ao delito praticado. Atualmente, é inadmissível, por exemplo, um militar ser punido por não ter pedido autorização ao seu comandante para se casar. Tal regra não é razoável, é de legitimidade questionável frente ao princípio do *substantive process of law*.

O mais importante é que seja resguardado o direito individual protegido contra as arbitrariedades do Estado. Este foi o objetivo maior do constituinte de 1988, ao estabelecer direitos individuais e garantias instrumentais.

Em suma, para aplicação de punições disciplinares deve ser observado o devido processo legal em sua dimensão processual: garantia do contraditório e da ampla defesa; e em sua dimensão material: possibilidade de análise material do ato administrativo (razoabilidade e proporcionalidade da punição aplicada).

4.1.5 Mandado de Segurança contra ato disciplinar

O art. 5, inciso III, da Lei 1533/51 (Lei do Mandado de Segurança), dispõe não ser cabível mandado de segurança contra “ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial”. Com o advento da Constituição de

1988, este dispositivo conflita com a amplitude constitucional dada ao mandado de segurança. Ensina Hely Lopes Meyrelles, o seguinte:

“Realmente, se a Constituição vigente concede a segurança para proteger todo direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, qualquer que seja a autoridade ofensora (art. 5º, LXIX), não se legitima a exclusão dos atos disciplinares, que, embora formalmente corretos e expedidos por autoridade competente, podem ser ilegais e abusivos no mérito, a exigir pronta correção mandamental.”⁴⁷⁹

Neste sentido, porém, na vigência da Constituição de 1967/69, assinalou Carlos Mário da Silva Velloso que: “a ressalva da Lei 1.533/51, art. 5º, III, não se agüenta diante do que dispõe a Constituição, art. 153 § 21,⁴⁸⁰ que instituiu o mandado de segurança para amparar todos os direitos líquidos e certos...”⁴⁸¹.

Celso Antonio Bandeira de Mello, em referência ao dispositivo da Lei 1533/51, supramencionado, escreve não sentir qualquer constrangimento em considerá-lo inconstitucional,

“porque ele estabelece um cerceio, uma contenção, que não está estabelecida em dispositivo constitucional. Este se fez amplo e se quer amplo para poder cumprir a função que lhe é

⁴⁷⁹ Hely Lopes Meyrelles. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação civil pública, mandado de injunção, “*Habeas datas*”, Ação Direta de Inconstitucionalidade, e Ação Declaratória de Constitucionalidade. p. 48.

⁴⁸⁰ Artigo 153 § 21, da Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1/69.

⁴⁸¹ Carlos Mário da Silva Velloso. Mandado de Segurança. In Revista de Direito Público, vol. 55/56, p. 343.

inerente, de via de defesa a ser compreendida e interpretada como garantia constitucional, como forma de asseguramento da realização dos objetivos do Estado de Direito, o qual abomina a ilegalidade por parte de autoridade ou desvio de poder.”⁴⁸²

Para garantir a segurança do patrimônio do impetrante, a jurisprudência⁴⁸³ tem aceitado a utilização deste importante instituto constitucional, pois o próprio texto constitucional não limitou a atuação do mandado de segurança. Defendendo a insubsistência do art. 5º, inciso III, da Lei 1533/51, frente à nova Constituição, ensina Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“O texto constitucional referente à garantia do mandado de segurança também não permite restrição quanto ao seu uso quando direito líquido e certo tiver sido ameaçado ou lesado. Assim, parece extremamente difícil a sustentação do dispositivo da lei n. 1.533/51 em face quer da norma constitucional do mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da

⁴⁸² Texto citado em nota de rodapé por Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Ibidem.*, p. 205. (não menciona a obra de Celso Antonio Bandeira de Mello)

⁴⁸³ “RE 120.570 – DJ 08.11.91. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. Ementa: ... II - Garantia constitucional da ampla defesa: ofensa pela omissão da imputação. A formulação e entrega do libelo acusatório e a forma, segundo a legislação aplicável ao caso, de especificar a imputação, delimitando o objeto do processo disciplinar e, via de consequência, da defesa do acusado: desde que a ciência pelo acusado da substância de fato das acusações e pressupostos elementar da ampla defesa, a sua omissão ofende o preceito constitucional que a assegura e implica a nulidade da punição”. In RTJ, vol. 138.

Também “STF – MS 21726/RJ – DJ 11.03.94. Rel.: Ministro Sepúlveda Pertence. Ementa: “Demissão de servidor estável: processo administrativo com garantia de ampla defesa. ... Ao contrário do que sucedia sob a l. 1.711/52, a l. 8.112/90 distinguiu nitidamente o procedimento disciplinar e inquisitivo da sindicância do processo disciplinar pela resultante, o qual se desenvolve integralmente sob os ditames do contraditório, o que impõe, sob pena de nulidade, que, antes de que se proceda à instrução, seja o acusado chamado ao feito”. In Ement. Vol. 01736, p. 331.

Também Stf – 21791 – Rel.: Ministro Francisco Resek. In Ement. Vol. p. 170. ver também, Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Ibidem.*, p. 206. nota de rodapé.

Constituição da República), quer da norma fundamental garantidora do **princípio do devido processo legal** (art. 5º, inciso LIV, da Lei fundamental da República).⁴⁸⁴ (grifo nosso)

Assinala ainda Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“O que é certo é que não se nega o direito ao uso da garantia constitucional do mandado de segurança quando comprometido o princípio do devido processo legal. Esse, por ser direito fundamental, pode e tem sido normalmente questionado, quando ameaçado ou lesado, no Poder Judiciário, o qual tem considerado pertinente a impetração para segurança do patrimônio jurídico do impetrante.”⁴⁸⁵

Neste sentido, defendemos a possibilidade de impetração, mesmo contra atos disciplinares, de mandado de segurança para proteção de direito líquido e certo desde que estes não estejam amparados por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*. É certo que o enunciado do art. 5º, inciso III, da Lei 1.533/51, anterior à Constituição Federal de 1988, não foi recepcionado pelo texto constitucional em vigor frente à garantia do devido processo legal.

⁴⁸⁴ Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Ibidem.*, p. 206.

⁴⁸⁵ Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Ibidem.*, p. 205-206.

4.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO E SUA PROJEÇÃO NO DIREITO PENAL

No direito penal brasileiro existem diversas hipóteses de incidência do princípio do devido processo legal substantivo. O constituinte ao dispor que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem lei sem prévia cominação legal”⁴⁸⁶ (artigo 5º, incisos, XXXIX), e que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, inciso XL), estendeu a aplicação do devido processo legal, enquanto tutela material, ao direito penal. Em última análise, a aplicação do *substantive due process* é garantia ao indivíduo de que a pena (razoável e proporcional) e o tipo penal devem ser estabelecidos previamente em lei pelo Estado e que a norma posterior ao fato não poderá ser aplicada (princípio do “favor rei”), não ultratividade da lei.

Neste sentido, doutrina Nelson Nery Junior, o seguinte:

“Vamos encontrar outros exemplos de incidência do *substantive due process* no direito americano, o que nos dá a dimensão do alcance do preceito: a) a liberdade de contratar, consubstanciada na ‘cláusula de contrato’, afirmada no caso *Fletcher v. Peck* (1810)⁴⁸⁷ em voto de Marshall; b) a garantia do direito adquirido (*vested rights doctrine*); c) a proibição

⁴⁸⁶ “*nullum crimen nulla poena sine lege*”.

⁴⁸⁷ *Fletcher v. Peck* (1810). Decisão do Supremo Tribunal, em que o seu presidente, o juiz Marshall, decretou que um legislativo estadual não poderia rescindir uma concessão de terras feita por um legislativo anterior, e afirmou que a lei sub-rogante derogava a obrigação do contrato. Foi esta a primeira decisão do tribunal a afirmar que uma lei estadual contrariava a Constituição. Harold C. Syrett. (org.). *Ibidem.*, p. 124.

de retroatividade da lei penal; d) a garantia do comércio exterior e interestadual (*commerce clause*), fiscalizados e regradados exclusivamente pela União (art. 22, n° VIII, CF; art. 1º, Secção 8ª, n° III, da Constituição Norte-americana); e) os princípios tributários da anualidade, legalidade, da incidência única (*non bis in idem*) etc.; f) proibição de preconceito racial; g) **garantia dos direitos fundamentais do cidadão.**⁴⁸⁸ (grifos nosso)

Destaca Santiago Dantas que a

“ordem jurídica corre o risco de ser um complexo arbitrário de sanções se nenhum meio técnico existe, através do qual se repilam as criações legislativas contrárias aos princípios fundamentais ou ao método de elaboração substancial do direito positivo.”⁴⁸⁹

A construção do constituinte de só possibilitar a escuta telefônica por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nas hipóteses e na forma que a lei (Lei 9.296/96) estabelecer, também consiste em aplicação do devido processo no campo processual e em sua dimensão substantiva.

Segundo os ditames do art. 5º, inc. XII da Constituição da República, “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último

⁴⁸⁸ Nelson Nery Junior. *Ibidem.*, 38.

⁴⁸⁹ F. C. de San Tiago Dantas. *Problemas de Direito Positivo*. Rio Forense. 1953. p. 52.

caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal e instrução processual penal.”

A Constituição alargou a proteção e o resguardo da intimidade, de tal sorte que, o legislador constituinte fez questão de enfatizar no art. 5º, XII, que somente é possível a quebra do sigilo telefônico por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. A inviolabilidade da vida privada da pessoa diz respeito ao direito fundamental à privacidade. Essa garantia constitucional de preservação da intimidade e da personalidade, entretanto, não é absoluta, a ponto de ser invocável para encobrir ou acobertar crimes e outros ilícitos.

Sua violação somente se justifica nas hipóteses supramencionadas, em razão de sua gravidade, bens juridicamente tutelados e a necessidade de relativização do direito (nenhum direito pode ser absoluto). A inobservância dos limites impostos pelo legislador constituinte e infraconstitucional será tida como não cumprimento do devido processo legal.

Cabe recordar que o princípio do devido processo legal caracteriza-se pelo “*trinômio vida-liberdade-propriedade*”, não possuindo, somente, sentido processual. Isto significa dizer que todos os direitos

fundamentais do cidadão, inclusive o **direito à intimidade e à privacidade**, decorrentes do direito à liberdade, estão protegidos pela cláusula do **devido processo legal em seu aspecto substantivo**.

Escreve Fernando Capez que o devido processo legal pressupõe:

“a **elaboração regular e correta da lei**, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e **enquadramento nas preceituações constitucionais** (é o chamado **devido processo legal em sentido material**); aplicação judicial da lei, por meio de instrumento hábil à sua realização e aplicação (é o chamado devido processo legal processual).

Bastaria tal princípio para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa.”⁴⁹⁰ (grifos nosso)

Outro exemplo importante sobre a aplicação do devido processo legal substantivo no âmbito penal ocorreu na história do Brasil. Conforme lembra Gilmar Ferreira Mendes, em 21 de fevereiro de 1968, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de declarar a inconstitucionalidade de norma constante da Lei de Segurança Nacional, que obstava que o acusado de prática de crime contra a Segurança Nacional desempenhasse qualquer atividade profissional ou privada, tal como

⁴⁹⁰ Fernando Capez. Direito Constitucional. p. 165-166.

previsto no art. 48 do Decreto-Lei nº 314, de 1967:

“Art. 48. A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente:

1º na suspensão do exercício da profissão;

2º na suspensão do emprego em atividade privada;

3º na suspensão de cargo ou função na Administração Pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória.”

Na ocasião o Supremo Tribunal reconheceu que

“a referida restrição revelava-se desproporcional (*exorbitância dos efeitos da condenação*) e era, portanto, inconstitucional, por manifesta afronta ao próprio direito à vida em combinação com a cláusula de remissão referida.”⁴⁹¹

Em seu voto o então Ministro Themístocles Cavalcanti afirma:

“(…).

Ora, a Constituição vigente, como as anteriores no quadro das garantias individuais e sociais, procurou seguir as exigências de aperfeiçoamento do homem e o respeito à sua integridade física e moral. A preservação de sua personalidade e a proteção contra as penas infamantes, a

⁴⁹¹ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 252.

condenação sem processo contraditório, a supressão de algumas penas que se incluíam na nossa velha legislação penal, a afirmação de que somente o delinqüente pode sofrer a pena, sem atingir os que dele dependem, definem uma orientação que qualifica perfeitamente o regime e os princípios fundamentais da Constituição.

(...).

Mas não só o art. 150, § 35, pode ser invocado. Também o caput do art. 150 interessa, porque ali se assegura a todos os que aqui residem o direito à vida, à liberdade individual e à propriedade.

Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência, é tirar-lhe um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção.”⁴⁹²

Gilmar Ferreira Mendes assinala que:

“Um exame mais acurado da referida decisão, com utilização dos recursos da moderna doutrina constitucional, há de demonstrar que, em verdade, a Corte se valeu da cláusula genérica de remissão contida no art. 150, § 35, da Constituição⁴⁹³ de 1967, para poder **aplicar**, sem risco de

⁴⁹² HC 45.232, Relator: Ministro Themístocles Cavalcanti, RTJ 44. passim. Ver também Gilmar Ferreira Mendes. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 252-254.

⁴⁹³ Ver art 150 *caput* e § 35, da Constituição de 1967, *in verbis*: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...).

§ 35 - A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”

contestação, a idéia de **proporcionalidade da restrição como princípio constitucional.**⁴⁹⁴ (grifos nosso)

Em recurso ordinário em *Habeas Corpus* o STJ, em decisão da 6ª Turma, entendeu como violação do *substantive due process* a manifestação do Ministério Público posterior ao réu, ainda que como *custos legis* sem que este pudesse se defender, conforme ementa subscrita abaixo.

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. LEI DE IMPRENSA. QUERELADO: DIREITO DE FALAR POR ÚLTIMO. VIOLAÇÃO DO **SUBSTANTIVE DUE PROCESS.** RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

I - O recorrente foi condenado a 3 anos de detenção, com convalidação em multa, por difamação (lei n. 5.250/67), art. 21, *caput*). O Ministério Público, que falou em último lugar, opinou pela condenação. Como o querelado não pode manifestar-se depois, argüiu a nulidade do processo a partir daí, pois **violado** teria ficado **o devido processo legal na modalidade da ampla defesa.**

II - O art. 45, IV, da lei de imprensa abre prazo para que o autor e réu falem seguidamente no art. 40, parágrafo 2º, II, determina seja ouvido o Ministério Público como o *parquet* se manifestou, ainda que como *custos legis*, contra o querelado, cabia ao juiz, sob pena da **violação ‘material’ da clausula do devido processo legal**, ter dado oportunidade ao ora recorrente para que ele rebatesse as argumentações

⁴⁹⁴ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 254.

ministeriais. invocação do disposto no parágrafo 2º do art. 500 do CPP.

III - Recurso provido.

Decisão: Em caso de empate, prevalecendo a decisão mais favorável ao paciente, dar provimento ao recurso.⁴⁹⁵
(grifos nosso)

Ainda há muitas críticas e receios à utilização do devido processo legal como garantia de ordem material, sendo que a principal delas decorre da dificuldade em mensurá-lo. Porém, é inegável que o princípio do devido processo legal no âmbito substancial possibilita ao intérprete da Constituição, interpretação no sentido de atualizar conceitos constitucionais sem alterá-los. Como um princípio genérico, dele emana a fundamentação epistemológica de vários outros, tais como, o juiz natural, o contraditório, a ampla defesa, etc. Isso reforça, ainda mais a necessidade de seu estudo por aqueles que militam na área criminal. Não se esgota apenas na formalidade do processo, é na verdade, garantia de razoabilidade e proporcionalidade no direito penal.

⁴⁹⁵ **Acórdão:** RHC 4457 / SP; Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 1995/0013574-4. **Fonte:** DJ Data:24/06/1996 PG:22810. **Relator:** Min. Adhemar Maciel (1099). **Decisão:** de 13/11/1995. **Órgão Julgador:** T6 - Sexta Turma. Ver também **Acórdão:** RHC 4884 / SP; Recurso Ordinário Em *Habeas Corpus* 1995/0046162-5. **Fonte:** DJ Data:13/05/1996 PG:15573. **Relator:** Min. Adhemar Maciel (1099). **Decisão:** de 11/12/1995. **Órgão Julgador:** T6 - SEXTA TURMA. **Ementa:** “Constitucional e Processual Penal. *Substantive due process of law*. Intimação de réu (solto) pelo diário oficial para comparecer a atos do processo. Inteligência do art. 370 do CPP, com a redação dada pela lei n. 8.701/93. Direito a ser intimado pessoalmente. Comprovação de prejuízo. Recurso provido.”

5 PROJEÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

Seria o devido processo legal aplicável também na esfera da administração privada ?

A função jurisdicional, via de regra, é privativa do Estado que a exerce por intermédio do Poder Judiciário, também frente a condutas privadas que confrontem com direitos fundamentais. Arturo Hoyos, apoiado nos ensinamentos de Enrique Alonso García, assinala que “outras das manifestações óbvias da ordem pública constitucional é a da extensão das normas constitucionais a condutas entre privados.”⁴⁹⁶

No direito privado vige o princípio da atipicidade dos negócios jurídicos privados. É o que se depreende do princípio da legalidade⁴⁹⁷ previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição, *in verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se do princípio da autonomia da vontade, tendo as partes liberdade para contratar, realizar negócios e praticar atos jurídicos, independentemente de serem ou não previstos pela lei, desde que não atentem contra a ordem e os bons costumes. Nesse sentido Odete Novais

⁴⁹⁶ Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 376. “outra de las manifestaciones obvias del orden público constitucional es la de la extensión de las normas constitucionales a conductas *inter privatos*” *apud* Arturo Hoyos. *El Debido Proceso*. p. 86. (tradução livre).

⁴⁹⁷ “O princípio da legalidade, na concepção de Montesquieu, é o império da lei. Mas da lei de verdade, formulada conforme ‘o espírito das leis’, a consciência jurídica do Povo a que se destina. Não qualquer norma legislada, às vezes apenas expressando a vontade ou mesmo um capricho do governante.” Montesquieu. *Ibidem.*, (tradução de Pedro Vieira Mota). p. 165.

Carneiro Queiroz, assinala que:

“No direito administrativo tem-se entendido que o princípio da legalidade é manifestação do devido processo legal. **O princípio da atipicidade dos negócios jurídicos privados (o que não é proibido é permitido)**, no qual ressalta o **princípio da autonomia da vontade e a liberdade de contratar**, reversamente àquele que no direito administrativo exige sempre um agir *secundum legem* (o que não é permitido por lei é proibido), revela também a incidência do mesmo postulado. Outra manifestação apontada da cláusula de devido processo legal é a garantia do cidadão contra os abusos cometidos pelo Estado no exercício do seu poder de polícia.”⁴⁹⁸ (grifos nosso)

Um exemplo de aplicação em relações privadas se dá na arbitragem, regulamentada no Brasil pela Lei 9.307/96. Os árbitros serão pessoas escolhidas pelos interessados desde que sejam pessoas capazes e que tenham a confiança das partes (artigo 13, da lei supracitada). Embora o árbitro possa ser qualquer cidadão, ele exercerá uma função pública constitucionalmente tutelada. Por isso, o juízo arbitral deve respeitar o devido processo legal sob pena de nulidade⁴⁹⁹.

Conforme observa Paulo Gustavo Gonet Branco:

⁴⁹⁸ Odete Novais Carneiro Queiroz. O Devido Processo Legal. p. 54.

⁴⁹⁹ “Em cuanto al debido proceso legal, esta garantía constitucional existe, ante todo, en el ámbito estatal en el sentido de que la función jurisdiccional, como regla general, es privativa del Estado y en los casos en que la ejercen por delegación legislativa los árbitros, el proceso arbitral debe respetar los elementos integrantes de la garantía constitucional del debido proceso legal. De hecho, la C. S. J. Ha declarado inconstitucionales laudos arbitrales (sent. de 3, IX, 1982), pero realmente el árbitro es una persona que ejerce una función pública”. *apud.* Arturo Hoyos. *Ibidem.*, p. 86-87.

“A Administração, evidentemente, também se vincula aos direitos fundamentais. A expressão Administração compreende não somente pessoas jurídicas de direito público, mas, igualmente, pessoas de direito privado que disponham de poderes públicos, de faculdades do *jus imperium*, ao tratarem com o particular. A não ser assim, estaria aberta a via oblíqua da ação administrativa por meio de sujeitos de direito privado como modo de ladear a vinculação do Executivo ao regime dos direitos fundamentais.

A vinculação da Administração às normas de direitos fundamentais torna nulos os atos praticados com ofensa ao sistema desses direitos. (...).”⁵⁰⁰

Neste sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha escreve:

“Mais ainda, e o que importa consideravelmente relevar na fase atual de repensamento dos modelos de atuação da sociedade (por meio, inclusive, de organizações não governamentais), é que não apenas nos processos administrativos havidos no seio dos órgãos e entidades públicas, mas também naqueles que se façam por entidades civis dotadas de competência delegada ou regulada pelo Poder Público (como se dá com as entidades de classe) é imperativo o princípio, que tem que ser acatado com rigor e observância irrestrita, pena de nulidade e de responsabilidade a quem tenha causado ablação a direito sem a sua obediência. Assim, processo administrativos passados

⁵⁰⁰ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 128.

em Conselhos de categorias profissionais ou mesmo em entidades privadas têm que se submeter ao princípio do devido processo legal, de tal modo que o administrado saiba do que cuida a imputação que lhe é feita, devendo-se-lhe assegurar o direito de conhecer e de participar do processo, podendo contraditar as alegações que contra ele sejam feitas, defender-se, recorrer etc.”⁵⁰¹

Mesmo a conduta dos particulares deve ser ponderada, equilibrada em respeito ao princípio da convivência pacífica entre os indivíduos que compõem a sociedade⁵⁰², e da ordem jurídica constitucional estabelecida. Assim, exemplificando, em um colégio não se pode expulsar um aluno, ou mesmo demitir um profissional com acusações levianas sem dar-lhe o direito de se defender. Também não se pode aplicar uma sanção, ao aluno, que não seja razoável ou proporcional.

⁵⁰¹ Cármen Lúcia Antunes Rocha. *Ibidem.*, p. 206-207.

⁵⁰² Cf. Arturo Hoyos: “Frente a conductas privadas que pueden afectar derechos constitucionalmente protegidos, como, por ejemplo, la expulsión de un estudiante de una escuela privada o la de un profesional de un colegio en una profesión en que exista la colegiatura obligatoria, y que la expulsión del colegio implique la privación del ejercicio profesional, cabe realmente preguntarse si antes de proceder a la expulsión debe serguirse un proceso disciplinario que cumpla con los elementos de la garantía constitucional del debido proceso y garantizarle a la persona la posibilidad de impugnar la expulsión en un tribunal en proceso que cumpla con la garantía constitucional” Arturo Hoyos. *Ibidem.*, p. 87.

6 HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA VIGÊNCIA DE ESTADO DE DEFESA E DE ESTADO DE SÍTI0.

Não se tem o objetivo aqui de se aprofundar no estudo sobre o estado de defesa e estado de sítio, que em linhas gerais caracterizam-se como medidas defensivas do Estado.

Destaca Sahid Maluf, que no Brasil⁵⁰³, “as síncope constitucionais podem ocorrer em duas hipóteses distintas: na decretação do estado de defesa e do estado de sítio.”⁵⁰⁴ Observa ainda que:

“Cada qual exige pressupostos diversos ou se aplica segundo a gravidade da ameaça constitucional ou da efetiva agressão à soberania nacional ou à ordem pública e à paz social. Basicamente, o estado de defesa se justifica pelo objetivo de manter a estabilidade institucional em locais geograficamente restritos, enquanto o estado de sítio pressupõe ameaça generalizada em âmbito nacional.”⁵⁰⁵

O estado de defesa e o estado de sítio são medidas acauteladoras de ordem política. Nestas circunstâncias os poderes públicos

⁵⁰³ Cabe aqui como mera observação destacar que a Constituição de 1937, no artigo 166, sob a denominação de estado de emergência, dispunha que “em caso de ameaça externa ou iminência de perturbação internas, ou existência de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos, poderá o Presidente da República declarar em todo o território do País, ou na porção do território particularmente ameaçada, o estado de emergência”. (grifos nosso)

Conforme descrito no Dicionário “De Plácido e Silva”, o estado de emergência “constitui-se pela declaração emanada do poder público, pondo o país ou nação em situação de vigilância ou de defesa contra as ameaças de perturbações ou contra as perturbações ou atentados à sua integridade política ou territorial.” De Plácido e Silva. Vocabulário Jurídico. Vol. I e II. p. 207.

⁵⁰⁴ Sahid Maluf. Teoria Geral do Estado. Saraiva. p. 207.

⁵⁰⁵ Sahid Maluf. Ibidem., p. 207.

podem utilizar-se de meios restritivos à direitos fundamentais previstos na Constituição para debelar a perturbação, atentado a ordem e garantir a estabilidade e segurança das instituições públicas ou do território nacional.

Neste sentido observa Gilmar Ferreira Mendes que:

“Se se considerar como restritiva a cláusula que obsta à concretização de um princípio de direito fundamental, então tem-se de admitir que, do prisma ontológico, tanto aquelas restrições estabelecidas pelo legislador com respaldo expresso na Constituição, quanto essas limitações decorrentes diretamente do texto constitucional devem ser consideradas como cláusulas de restrições de direitos.

Algumas restrições dimanadas diretamente do texto constitucional advém do regime excepcional de *estado de necessidade* (estado de defesa e estado de sítio).

Assim, a Constituição prevê que, na vigência do estado de defesa, poderão ser estabelecidas restrições especiais aos direitos de reunião, de sigilo de correspondência e da comunicação telegráfica e telefônica (CF, art. 136, § 1º, a - c). Mais amplas ainda são as restrições previstas durante o estado de sítio, que envolvem a liberdade de locomoção, o sigilo das comunicações, a liberdade de comunicação em geral (prestação de informação, imprensa, radiodifusão e televisão), o direito de reunião, a inviolabilidade do domicílio e o direito de propriedade (CF, art. 139).”⁵⁰⁶

⁵⁰⁶ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 228.

(grifos nosso)

Observa ainda Gilmar Ferreira Mendes que:

“(...). Os diversos sistemas constitucionais prevêm diferentes modalidades de limitação ou restrição dos direitos individuais, levando em conta a experiência histórica e tendo em vista considerações de índole sociológica ou cultural.”⁵⁰⁷

O direito existe para a organização da vida social e não pode se voltar contra os interesses que ele visa garantir. O constituinte foi sensível à necessidade de liberar, em certas circunstâncias, as autoridades administrativas da obrigação de observar as regras que normalmente regem seus atos. A Constituição da República brasileira de 1988 tratou sobre o estado de defesa no art. 136 e sobre o estado de sítio no art. 137, para casos de necessidade de medidas excepcionais.

O estado de defesa é decretado pelo Presidente da República depois de ouvidos o Conselho da República e de Defesa Nacional,

“para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidade de grandes proporções na natureza” (CF, art. 136, *caput*).

Permite o texto que a autoridade possa restringir o direito de

⁵⁰⁷ Gilmar Ferreira Mendes et al. *Ibidem.*, p. 228.

reunião, ainda que exercido no seio das associações; sigilo de correspondência; e de comunicação telegráfica e telefônica, podendo ainda, realizar a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, nas hipóteses de calamidade públicas, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes (CF, art. 136, § 1º, incisos I e II).

No estado de sítio, o Presidente da República depois de ouvidos o Conselho da República e de Defesa Nacional, solicitará autorização do Congresso Nacional que decidirá por maioria absoluta se favorável ou não a decretação do estado de sítio que se justifica nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou de ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira (CF, art. 137, incisos I e II).

Na vigência do estado de sítio decretado em caso de comoção grave de repercussão nacional ou de ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas violadoras de direitos individuais: obrigação de permanência em localidades determinadas; detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e

à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; suspensão da liberdade de reunião; busca e apreensão em domicílio; intervenção nas empresas de serviços públicos; requisição de bens (CF, art. 139, incisos I, II, III, IV, V, VI, e VII).

Segundo afirma Sahid Maluf:

“No regime constitucional o império da lei é o da normalidade. Nos períodos anormais, de perigo externo ou de alteração da ordem interna, têm lugar as chamadas *sincofes constitucionais*. Suspende-se a vigência da Constituição, transitoriamente, quanto aos princípios não considerados essenciais à sobrevivência do Estado e à defesa do regime.”⁵⁰⁸

Apoiado em Pedro Calmon, registra também que:

“A idéia dessa faculdade que se dá ao governo – diz Pedro Calmon – de em casos extremos pôr de lado a Constituição, que lhe tolhe os movimentos, é um dos realismos jurídico-sociais que vieram do passado, antes das teorias racionais do Estado e do individualismo dos cidadãos. Lembra as épocas do Estado-cidade, do Estado-monarca, do Estado-orgânico. Por isso ainda chamamos estado de sítio (evocação dos plenos poderes nas praças sitiadas da Idade Média) à situação em que as garantias constitucionais são suspensas para que o poder de polícia se

⁵⁰⁸ Sahid Maluf. *Ibidem.*, p. 206.

exerça sem embaraços, num âmbito de autoridade, em ditadura formal.”⁵⁰⁹

Na antiga República romana, o Cônsul proclamava o estado de *tumultus*, caso houvesse perigo ou ameaça interna ou externa, ficando neste caso os cidadãos à disposição do Estado e a justiça ficava suspensa temporariamente até a situação de normalidade fosse estabelecida. Um ditador era nomeado recebendo a totalidade do poder de *impérium* pelas leis das Cúrias⁵¹⁰ para exercê-lo por um prazo máximo de seis meses⁵¹¹. Tais medidas visavam a salvação pública, “suprema lei do Estado – *Salus publica suprema lex est*”. O estado de sítio é denominado também de “cláusula de ditadura legal”⁵¹², ou “legítima defesa do Estado”⁵¹³.

O que se questiona é se o devido processo legal deve ser observado quando ocorrer uma situação que enseje tais medidas.

Em circunstâncias específicas⁵¹⁴ e temporariamente a dimensão material do princípio da legalidade pode sofrer restrições para preservação ou restabelecimento da paz social. A situação emergencial autoriza a Administração Pública a praticar atos que normalmente não

⁵⁰⁹ Sahid Maluf. *Ibidem.*, p. 206.

⁵¹⁰ “Na terminologia antiga, designava uma das divisões (a décima parte) das tribos romanas. Por extensão, passou a ser usado como sinônimo de corte, designando as assembléias do senado romano ou o próprio senado, ou mesmo o local das reuniões ou das assembléias”. De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*. Vol. I e II, 4ª edição. Forense. Rio de Janeiro. 1996. p. 594.

⁵¹¹ Sahid Maluf. *Ibidem.*, p. 206.

⁵¹² Sahid Maluf. *Ibidem.*, p. 206.

⁵¹³ Louis Tratabas. *Constitution et Gouvernement de la France*. *apud*. Sahid Maluf. *Ibidem.*, p. 206.

⁵¹⁴ “Há nesse caso ou se coloca, por um momento, um véu sobre a liberdade, como um cachê dos estatuários de deuses”. V. De L’Esprit des lois, Livre XII. Chap. 19.

poderia, sem contudo desrespeitar as leis. O direito da crise⁵¹⁵ é uma exceção ao princípio da legalidade que pode ser aplicada normalmente. Neste caso a Administração Pública pode agir arbitrariamente para atender àquele interesse geral⁵¹⁶. É o que procuraremos elucidar a seguir.

Embora algumas garantias constitucionais, dispostas expressamente pelo constituinte fiquem afastadas para proteção do interesse público ameaçado que deve prevalecer sobre o interesse individual, não se justifica medida arbitrária desproporcional ao ataque ou ameaça sofridos, razão pela qual a própria Constituição estabelece que o decreto presidencial que instituir o estado de defesa determine o tempo de duração⁵¹⁷; especifique as áreas a serem abrangidas; e indique, *nos termos e limites da lei*, as medidas coercitivas a vigorarem (CF, art. 136, § 1º). O decreto deverá ser sempre motivado e ser submetido ao crivo do Congresso Nacional⁵¹⁸. (grifos nosso)

Também no estado de sítio, situação aparentemente de maior gravidade, estabelece o constituinte que o decreto indique a duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas. Depois de publicado, o Presidente da República deve designar o

⁵¹⁵ Expressão utilizada, em diferente contexto, por Afonso Arinos de Mello Franco, in RF 142/14. *apud*. Antonio Carlos de Araújo Cintra. Motivo e Motivação de ato Administrativo. *passim*.

⁵¹⁶ Antonio Carlos de Araújo Cintra. *Ibidem.*, *passim*.

⁵¹⁷ CF, art. 136, § 2º. "O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificarem a sua decretação."

⁵¹⁸ Art. 136, § 4º. "Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta."

executor das medidas específicas e as áreas abrangidas. Deve ser fundamentado e autorizado pelo Congresso Nacional⁵¹⁹.

Antonio Carlos de Araújo Cintra observa que o Conselho de Estado Francês em solução preconizada

“admite que as situações excepcionais autorizam a Administração a infringir leis às quais ela normalmente deveria se curvar; mas se os atos praticados nessas circunstâncias escapam à legislação ordinária, continuam submetidos ao direito: apenas, a um direito especial, diferente daquele que se aplica em tempo ordinário.”⁵²⁰

Sahid Maluf citando Pedro Calmon acentua que:

“a legítima defesa da sociedade e do Estado tem de ser relativamente ilimitada, na proporção do ataque a que resiste. Não é admissível que se criem obstáculos à ação defensiva do governo, no momento em que estão em perigo a paz e a tranqüilidade do povo, a continuidade das instituições e a própria sobrevivência da pátria, que é eterna.

A Constituição dispõe, para os tempos de paz, de normalidade. Mas não pode deixar de prever aquelas situações anormais decorrentes das grandes crises. E, prevendo-as, consigna no seu texto os *remédios heróicos* de que o governo pode e deve lançar mão para salvar a vida do

⁵¹⁹ CF, art. 137, Parágrafo único. “O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.”

⁵²⁰ Antonio Carlos de Araújo Cintra. *Ibidem.*, passim.

Estado.”⁵²¹

Estes atos de poder não são inconstitucionais desde que observados os limites estabelecidos pela Constituição. Assinala Sahid Maluf que esses poderes assumidos pelo governo são discricionários e constitucionais “porque não significam violência ou desrespeito à Constituição”⁵²². Tendo sido inclusive autorizados, regulamentados, previstos, no corpo da Constituição, podem ser restringidos ou ampliados de acordo com a menor ou maior intensidade do perigo que o Estado tenha de enfrentar num dado momento. São “poderes extraconstitucionais, não inconstitucionais.”⁵²³

O constituinte procurou garantir que os atos praticados durante o estado de defesa e de sítio sejam transparentes. Evitando desta forma, medidas que causem lesões desnecessárias aos direitos e garantias fundamentais. Tais medidas deverão ser proporcionais e razoáveis respondendo os responsáveis pelos abusos praticados⁵²⁴.

Para garantia da legitimidade é imprescindível que as medidas tomadas tenham sido aplicadas para responder a uma situação

⁵²¹ Sahid Maluf. *Ibidem.*, p. 206-207.

⁵²² Sahid Maluf. *Ibidem.*, p. 206.

⁵²³ Sahid Maluf. *Ibidem.*, p. 207.

⁵²⁴ CF, art. 141, caput. “Cessado o estado de defesa ou o estado de sítio, cessarão também seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes.”
Parágrafo Único. “Logo que cesse o estado de defesa ou o estado de sítio, as medidas aplicadas em sua vigência serão relatadas pelo Presidente da República, em mensagem ao Congresso Nacional, com especificação e justificação das providências adotadas, com relação nominal dos atingidos e indicação das restrições aplicadas”.

realmente excepcional. Vários eventos podem justificar medidas excepcionais, como, por exemplo, guerra, insurreição, calamidade pública de grandes proporções, greve de servidores públicos dependendo do tipo de serviço e duração da greve etc. Podem ocorrer circunstâncias excepcionais que justifiquem, pela urgência das medidas a serem tomadas, a extensão dos poderes da administração.

Satisfeitas as exigências constitucionais, as autoridades administrativas se acham investidas de poder para aplicar as medidas impostas pelas circunstâncias, que justifiquem diferentes regras de procedimento e de conteúdo, de repartição da competência entre as autoridades administrativas. Os direitos individuais não desaparecem, não são revogados⁵²⁵, apenas alguns deles poderão ser mitigados ou suspensos. Conforme afirma Sahid Maluf, “a Constituição, em parte, sofre um *colapso*, uma *síncope*, mas se restabelece depois: expirado o estado de sítio, com ele cessarão os seus efeitos.”⁵²⁶

O princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade como expressões do devido processo legal em sua dimensão material devem ser observados na vigência de estado de defesa e de sítio. O princípio da proporcionalidade é garantia de que os atos praticados devam guardar relação com a necessária proporção entre os meios de que o Governo se

⁵²⁵ Sahid Maluf. *Ibidem.*, p. 207.

⁵²⁶ Sahid Maluf. *Ibidem.*, p. 207.

utilize para garantir o fim buscado pelo Estado; para garantir ou restabelecer a ordem constitucional. A observância ao princípio da razoabilidade legitima o decreto presidencial no sentido de justificar que as causas determinantes do estado de defesa e do estado de sítio tenham uma razão de ser convincente perante os valores norteados pela Constituição Federal.

As medidas aplicadas de acordo com as circunstâncias devem ser ajustadas, no tempo e espaço. As circunstâncias excepcionais não ensejam ausência da legalidade, mas permitem que a autoridade administrativa invada a competência inclusive do legislador. Como, por exemplo: que o governo decida por decreto a suspensão da aplicação de uma lei; que limite as liberdades individuais em níveis, que em circunstâncias normais, seriam gravemente ilegais ou inconstitucionais, conforme o caso; e possibilita à autoridade tomar decisões que normalmente não poderia tomar.

Entretanto, é importante destacar que os motivos determinantes para a aplicação, de forma restrita, dos princípios da legalidade, do devido processo legal em sua dimensão processual e material devem ser suficientemente importantes para justificarem o sacrifício de determinados direitos fundamentais, como: sigilo de correspondência, nacionalidade, de liberdade de reunião e de locomoção, entre outros. Se não fosse assim o constituinte não se preocuparia em estabelecer procedimentos

a serem observados, como, por exemplo, no caso de prisão no estado de defesa⁵²⁷.

Pelos argumentos apresentados entendemos viger tanto no estado de defesa quanto no estado de sítio os direitos e garantias individuais, o princípio da legalidade, o devido processo legal processual e substancial, embora, de forma diferente das existentes no estado de normalidade, situação justificada pelas circunstâncias de instabilidades da ordem jurídica interna. O Poder Público será acompanhado e fiscalizado atentamente pelo Poder Legislativo que verificará a sua observância ou não, é o que prescreve a Constituição, *in verbis*: “A Mesa do Congresso Nacional, ouvidos os líderes partidários, designará Comissão composta de cinco de seus membros para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio” (art. 140).

⁵²⁷ CF, art. 136, incisos: I - “a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor de medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial”; II - “a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação”; III - “a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário”; IV - “é vedada a incomunicabilidade do preso.”

TERCEIRA PARTE

TERCEIRA PARTE – O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO INTERNACIONAL

1 EM CONVENÇÕES E TRATADOS INTERNACIONAIS - CONCLUSÃO

No direito estrangeiro o devido processo aparece positivado em Tratados e Convenções, ora como garantia processual penal, ora em sua dimensão processual e material. A interpretação e aplicação diferem nos diversos ordenamentos jurídicos, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

Cabe destacar que nem sempre se encontra previsto o devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*, expressamente nos Tratados e Convenções internacionais. Na maioria das vezes ele será extraído da interpretação sistemática destes documentos. Isto, todavia, não se constitui em problema por ser o devido processo a base sobre a qual todos os outros princípios fundamentais do processo civil se sustentam, gênero do qual todos os demais princípios constitucionais são espécies.

Desta forma, constatamos que o devido processo legal

processual se apresenta nos documentos internacionais, invariavelmente, por meio de princípios que são manifestações dele. Como, por exemplo, o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, contraditório e do procedimento regular.

Arturo Hoyos sugere quatro dimensões (...) para estudo do devido processo legal, que a seu ver possibilitariam celeridade e eficiência ao poder, função, atividade estatal de fazer justiça, a saber: a possibilidade de prever meios alternativos de solução de conflitos, basicamente mediação, conciliação e arbitragem e o ombudsman; a necessária promoção da participação de grupos sociais no processo judicial; a adoção de processos mais céleres, de preferência oral; e o impacto das novas tecnologias sobre o processo judicial.⁵²⁸

No sentido genérico, como o devido processo legal se caracteriza pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, o encontraremos nos

⁵²⁸ Cf. Arturo Hoyos: "Por otra parte, también deben considerarse cuatro dimensiones (...) del debido proceso: la posibilidad de prever medios alternativos de solución de conflictos, básicamente mediación, conciliación y arbitraje y el *ombudsman*; la necesaria promoción de la participación de los grupos sociales en el proceso judicial; la adopción de procesos abreviados, preferiblemente orales, y el impacto de las nuevas tecnologías sobre el proceso judicial. La proliferación de organizaciones sociales no gubernamentales en los campos de la protección del medio ambiente y a los consumidores y en el de los derechos humanos debe ir acompañada de mayores mecanismos procesales para la defensa de los intereses colectivos y difusos, ya no solamente en lo que se refiere al reconocimiento de la legitimidad procesal activa de estas asociaciones, sino en la consagración de procesos especiales, quizás abreviados, compatibles con el núcleo esencial del debido proceso pero adaptados a las nuevas realidades de nuestras sociedades. Un ejemplo de esto último es la incorporación a la materia procesal penal en Panamá, mediante la ley 1ª de 1995, de la audiencia preliminar, el proceso abreviado y el juicio directo que recogen tendencias perceptibles en Estados Unidos e Italia, con un predominio de la oralidad que puede indicar una nueva dirección del debido proceso en nuestra región". Arturo Hoyos. *Ibidem.*, p. 106.

referidos documentos em todo texto que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade. Como, por exemplo, liberdade de reunião, de associação de opinião, de religião etc.

Em seu aspecto substancial tem aplicação em todos os campos do direito, inclusive administrativo. O princípio da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, por exemplo, são manifestações da cláusula *substantive due process*. É, normalmente desta forma que se apresentam nos Tratados, Convenções e demais documentos internacionais.

Para constatação do que comentamos acima e a título de exemplo apresentaremos a seguir a disposição deste princípio em alguns ordenamentos internacionais. Embora, nestes exemplos, o devido processo legal não se encontre expressamente, tais documentos tratam de aspectos que, apoiado em grande parte da doutrina brasileira e estrangeira, entendemos compor o devido processo legal em sua dimensão processual e substancial.

1 EM CONVENÇÕES E TRATADOS INTERNACIONAIS

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada, em 10/12/1948, pela Assembléia Geral das Nações Unidas – ONU, subscrita em Paris, estabeleceu no art. VIII. “Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direito fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. No art. X. “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para a decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal que lhe seja feita”. No art. XI – 1. “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe seja tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”⁵²⁹

No mesmo sentido, diferindo apenas na redação,

“a mesma garantia fundamental foi reafirmada solenemente pela 6ª Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, firmada em Roma, em 1950; e, ainda, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis

⁵²⁹ Constituição Federal & Convenções Internacionais. p. 218. Organizadores, Emilio Sabatovski e Iara P. Fontoura. Ed. Juruá.

e Políticos aprovado pelas Nações Unidas em 1966.”⁵³⁰

Segundo Humberto Theodoro Júnior, dos artigos acima mencionados, constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU, se pode concluir que “dentre as idéias que formam o núcleo desse conceito, a doutrina moderna vê, como elementos essenciais do devido processo legal, o *juiz natural*, o *direito de defesa* e a *adequação das formalidades do procedimento*.”⁵³¹

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia publicada no Jornal Oficial da União Européia de 16 de dezembro de 2004, também positivou manifestações do devido processo legal ao dispor sobre o “Direito à ação e a um tribunal imparcial”, no art. II-107º, *in verbis*:

“Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo.

Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma eqüitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se

⁵³⁰ Humberto Theodoro Júnior. A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil. p. 12. “Em la determinacion de sus derechos y obligaciones civiles o cualquier acusación criminal contra ella, toda persona tiene derecho a una audiéncia equitativa y pública dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley” (art. 6º da Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, firmada em Roma, aos 04.11.50).

⁵³¹ Humberto Theodoro Júnior. *Ibidem.*, p. 13.

fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça.”⁵³²

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia positivou também manifestações do devido processo legal em sua dimensão substancial, quando tratou, por exemplo, dos “Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas”. Dispôs, no art. II-109º, que:

“1. Ninguém pode ser condenado por uma ação ou por uma omissão que, no momento da sua prática, não constituía infração perante o direito nacional ou o direito internacional. Do mesmo modo, não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi praticada. Se, posteriormente à infração, a lei previr uma pena mais leve, deve ser essa a pena aplicada.

2. O presente artigo não prejudica a sentença ou a pena a que uma pessoa tenha sido condenada por uma ação ou por uma omissão que, no momento da sua prática, constituía crime segundo os princípios gerais reconhecidos por todas as nações.

3. As penas não devem ser **desproporcionadas** em relação à infração.” (grifo nosso)

⁵³² Jornal Oficial da União Europeia nº C 310/51, de 16 de dezembro de 2004. ISSN 1725-2482.

Ver site: http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/pt/oj/2004/c_310/c_31020041216pt00410054.pdf
Acessado em 22.05.2005, às 15:00 horas.

Nas disposições gerais que regem a interpretação e a aplicação da carta, no art. II-111º, “Âmbito de aplicação”, definiu quem são os seus destinatários, nos seguintes termos:

“1. As disposições da presente Carta têm por **destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros**, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, **devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação**, de acordo com as respectivas competências e observando os limites das competências conferidas à União por outras partes da Constituição.” (grifos nosso)

E, estabeleceu ainda no art. II-112º, “Âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios” que:

“1. **Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades** reconhecidos pela presente Carta **deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades**. Na observância do **princípio da proporcionalidade**, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.” (grifos nosso)

Conforme afirma Arturo Hoyos: “É evidente que o processo paralelo de constitucionalização e internacionalização do direito

fundamental ao devido processo legal adquirirá novas dimensões a medida que se consolidem as democracias”⁵³³ nos diversos países e organizações de direitos, na esfera internacional.

Assim, entendemos que nas diferentes relações de poder (entre pessoas, países ou organismos internacionais), independentemente da forma como o poder é visto ou analisado, não pode estar centrado na figura de um soberano, de um órgão, ou mesmo de um grupo sem fórmulas de controle efetivo e cláusulas que limitem o seu exercício, seja internamente (nas relações entre os poderes constituídos ou nas relações com o povo); seja externamente (nas relações internacionais, cada vez mais intensa com o fortalecimento da globalização).

E, é nesse sentido que ressaltamos a importância de haver a previsão expressa ou implícita do devido processo legal nos diversos documentos internacionais, como fórmula de controle de poder. Como se pôde perceber o devido processo como garantia individual de origem no direito anglo-saxão foi aperfeiçoado pelo “constitucionalismo” americano, transpondo fronteiras, tornando-se, assim, um instituto de garantia do indivíduo no Estado de Direito, de cunho universal.

⁵³³ “Es evidente que el proceso paralelo de constitucionalización e internacionalización del derecho fundamental al debido proceso adquirirá nuevas dimensiones a medida que se consoliden las democracias de la región y los órganos judiciales asuman un papel más protagónico en el desarrollo de nuestros países”. Arturo Hoyos. *Ibidem.*, p. 104.

CONCLUSÃO

Do estudo até aqui desenvolvido, sobre o princípio do devido processo legal restam algumas reflexões, que com esforço de síntese, devem ser colocadas de modo sistematizado, como conclusão deste trabalho.

1. É assente na doutrina jurídica de Direito Constitucional que o princípio do devido processo legal, atualmente, consiste, seguramente em expressiva cláusula de garantia dos direitos fundamentais, legitimadora da atuação do Poder Público. Que enfeixa um conjunto de garantias de ordem constitucional destinadas a assegurar a todos o acesso às decisões do Poder Judiciário.

2. Sobre o enfoque histórico, o princípio do devido processo legal teve sua origem no direito inglês na Carta Magna do Reino da Inglaterra, no ano de 1215 (de João Sem Terra). Em seu art. 39, a Magna Carta, consagrou o direito de todo cidadão inglês de ser julgado em um justo processo, previamente estabelecido em lei.

Contudo, a expressão *due process of law*, ao invés da utilizada em 1215 *per legem terrae*, foi aludida pela primeira vez, sob o reinado de Eduardo III, em 1354. Foi recepcionada pelo direito americano

onde teve sua maior evolução com as interpretações da Suprema Corte americana. No direito anglo-saxônico a garantia do devido processo legal teve num primeiro momento aplicação no processo penal como *procedural due process*, sendo posteriormente ampliada para abranger o processo judicial civil e administrativo. Porém, teve o seu aprimoramento quando a Corte Suprema americana passou a anular em suas decisões as leis que não fossem razoáveis, dando ênfase ao aspecto material hoje conhecido como devido processo legal substantivo (*substantive due process*), proteção de direitos materiais pertinentes ao trinômio vida, liberdade e propriedade.

3. No sentido genérico o devido processo legal se assenta neste trinômio; vida-liberdade-propriedade, constituindo-se em tutela a todos que sofrerem afronta a quaisquer desses bens da vida. Todavia, é importante observar que nenhum direito ou garantia fundamental do cidadão pode ter caráter absoluto. E, em nosso entendimento limitar as manifestações do princípio do devido processo legal para adequá-lo ao Estado de Direito se constitui num dos maiores desafios para os intérpretes do direito.

4. Por isso, alertamos para a necessidade de maior reflexão da doutrina e jurisprudência sobre o tema, pois, é evidente que à medida que se consolidem cada vez mais as democracias na órbita mundial o processo paralelo de constitucionalização e internacionalização do direito

fundamental fará com que o devido processo legal adquira novas dimensões. A ponderação é importante para a boa evolução do instituto se considerarmos que uma das críticas que se faz é a dificuldade de mensurá-lo. O descuido e despreparo do intérprete e aplicador do direito podem inclusive gerar a instabilidade das relações jurídicas. Os limites deste princípio somente poderão ser aferidos nos casos concretos. O Estado de legalidade deve ser compreendido como o de leis e atos razoáveis, onde o interesse público deve prevalecer sem desrespeitar os direitos e garantias fundamentais.

5. Para entendê-lo como direito fundamental é preciso primeiro compreender a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. A característica que serve para estabelecer uma divisão entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos é o fato dos direitos fundamentais estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica. É o que normalmente ocorre com o devido processo legal que se encontra positivado em vários textos de tratados, convenções, constituições e leis, como direito fundamental.

6. No Brasil o devido processo legal durante muito tempo foi utilizado, somente em seu aspecto processual penal, por não ter previsão expressa no texto constitucional, tal fato podia ser justificado com mais facilidade. Isto é o que se pôde perceber ao analisarmos a evolução

interpretativa nas ordens constitucionais brasileiras. Porém com o advento da Constituição de 1988 e a previsão expressa desta cláusula garantidora dos Direitos Fundamentais e do Estado Democrático de Direito, o argumento para defesa da ampliação do espectro de sua aplicação ganhou força.

7. Atualmente podemos afirmar que entre nós a duplicidade de aspectos deste princípio foi reconhecida por muitos doutrinadores e pela jurisprudência. Sendo assim, a presunção de inocência, o direito ao silêncio, a garantia ao contraditório pleno e efetivo, entre outros direitos e garantias estão assegurados pelo devido processo legal, tanto no processo judicial como no processo administrativo.

8. Entendemos, apoiado em Nelson Nery Junior e em grande parte da doutrina, que bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5º seria absolutamente despicienda. De todo modo, conforme menciona referido doutrinador, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o legislativo e o judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.

9. Sobre a legalidade concluímos que a evolução constitucional acarreta sistematicamente modificações na funcionalidade do princípio da legalidade e, conseqüentemente em seu significado. As leis são comandos abstratos, genéricos com força coercitiva que estabelecem obrigação de fazer ou deixar de fazer. No Estado Democrático de Direito a realidade social é lastreada por princípios como o da **legalidade** e do **devido processo legal**.

10. Historicamente, a expressão devido processo legal situa a tendência do direito ocidental a amparar-se sobre a base formal da lei com o fim de garantir ou gerar a validade dos atos. Não se pode esquecer que a cláusula 39, estabeleceu a *Rule of Law*, ou seja, o Império da Lei ou como muitos denominam o Governo das Leis, sendo o devido processo a forma por meio da qual a administração pública deveria exercer a Justiça.

11. A origem do *substantive due process* decorre da apreciação pela Suprema Corte norte-americana (final do séc. XVIII) dos limites do poder governamental. 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 for *razoável*, isto é, que não seja a '*law of the land*', é contrária ao direito e

deve ser controlada pelo poder judiciário.

12. Concernente à utilização da razoabilidade nos atos do Legislativo, a jurisprudência brasileira inspirou-se no “*détournement de pouvoir*”, abuso de poder, do direito administrativo francês, quando o Conselho de Estado Francês, após o caso Lesbats, em 1864 que ficou famoso na história, passou a anular os atos das autoridades administrativas, com excesso de poder ou praticados com desvio de finalidade.

13. Sobre a proporcionalidade a doutrina brasileira, se espelhando na alemã para a caracterização da proporcionalidade, entende serem necessários três requisitos, a saber: da **adequação**, exigência de que as ações do Poder Público sejam aptas para atingir os objetivos que se busca; da **necessidade** ou **exigibilidade**, também conhecido como “princípio da menor ingerência possível”. Os meios utilizados para atingir o fim devem ser o menos gravoso possível, é a proibição ao excesso; e da **proporcionalidade em sentido estrito**, existência de equilíbrio entre os danos e resultados obtidos. É o chamado custo-benefício da medida.

14. Contudo, o princípio da proporcionalidade no Brasil ainda é utilizado com diversos significados, ora como sinônimo da exigência de razoabilidade, com a qual não se identifica, ora é utilizado como exigência de racionalidade na decisão judicial, ora **falta palavra verbo**

a limitação a violação de um direito fundamental, ora proibição de excesso da lei relativamente ao seu fim, ora como equivalência entre custo do serviço e a relativa taxa. Enfim, é utilizado com diversos fins, porém sempre objetivando proteger o indivíduo dos abusos estatais.

15. A aplicação do devido processo legal substantivo no direito brasileiro introduz uma série de mudanças, sendo a principal delas, a possibilidade do Poder Judiciário analisar a razoabilidade e proporcionalidade das leis e dos atos da administração pública. Algumas leis, inclusive, já positivaram os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Como, por exemplo, a Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regulamenta o processo administrativo disciplinar na Administração direta e indireta dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A referida lei no art. 2º, dispõe que: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da **legalidade**, finalidade, motivação, **razoabilidade**, **proporcionalidade**, moralidade, **ampla defesa**, **contraditório**, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. (grifos nosso)

16. No direito penal, em última análise, a aplicação do *substantive due process* é garantia ao indivíduo de que a pena (razoável e proporcional) e o tipo penal devem ser estabelecidos previamente em lei pelo Estado e que a norma posterior ao fato não poderá ser aplicada

(princípio do “favor rei”), não ultratividade da lei.

17. O devido processo legal estende-se também às relações jurídicas privadas, pois mesmo a conduta dos particulares deve ser ponderada, equilibrada em respeito ao princípio da convivência pacífica entre os indivíduos que compõem a sociedade, e da ordem jurídica constitucional estabelecida.

18. Também no estado de defesa e de sítio ocorre a incidência do devido processo legal. O princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade como expressões do devido processo legal em sua dimensão material devem ser observados na vigência de estado de defesa e de sítio. O princípio da proporcionalidade é garantia de que os atos praticados devam guardar relação com a necessária proporção entre os meios de que o Governo se utilize para garantir o fim buscado pelo Estado; para garantir ou restabelecer a ordem constitucional. A observância ao princípio da razoabilidade legitima o decreto presidencial no sentido de justificar que as causas determinantes do estado de defesa e do estado de sítio tenham uma razão de ser convincente perante os valores norteados pela Constituição Federal.

19. No direito internacional também se faz presente em diversos tratados e convenções e declarações de direitos. O devido processo

legal como garantia individual de origem no direito anglo-saxão foi aperfeiçoado pelo “constitucionalismo” americano, transpondo fronteiras, tornando-se, assim, um instituto de garantia do indivíduo no Estado de Direito, de cunho universal.

20. Enfim, o que podemos observar da análise do tema é que tanto no aspecto processual como no aspecto substancial não se pode negar o valor deste princípio atualmente positivado como direito fundamental, garantia efetiva do Estado Democrático de Direito. Se o objetivo buscado é o “justo processo” o devido processo constitui-se em importante instrumento para a consecução deste fim, pois é certo que o Estado não pode legislar de forma abusiva, as normas dele emanadas devem estar em consonância com o substantive *due process of law*, art. 5º, LIV da CF, em sua dimensão material. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, implícitos na Constituição Federal de 1988, porém previstos expressamente em diversas legislações infraconstitucionais servem, em última análise, como parâmetro para aferir a constitucionalidade material dos atos estatais e garantir a atuação dos poderes e o Estado Democrático de direito.

21. Conforme mencionado anteriormente o devido processo legal se caracteriza no sentido genérico no trinômio vida-liberdade-propriedade. Logo, podemos afirmar que tanto em sua dimensão processual

como em sua dimensão material constitui-se em garantia a todos direitos fundamentais relacionados com quaisquer desses bens da vida. Como, por exemplo, liberdade de reunião, de associação de opinião, de religião, direito de propriedade, a legalidade etc. No processo civil especificamente tem-se afirmado ser manifestação do *due process of law*: a) a igualdade das partes; b) garantia do *jus actionis*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório. Podemos incluir também todos os princípios que assegurem um processo justo e efetivo. Cabe destacar, ainda, que o constituinte reformador assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

BIBLIOGRAFIA

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *CPC nos Tribunais*. Vol. XIII. São Paulo: Jurídica Brasileira. 1996.
- ÂNGELO, Milton. *Direitos Humanos*. São Paulo: Editora de Direito. 1998.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1999.
- ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo. Anti-semitismo Imperialismo Totalitarismo*. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras. 1989.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *A Distinção entre Princípios e regras e a redefinição de dever de proporcionalidade*. São Paulo: RDA. n° 215. jan/mar de 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 22ª edição. São Paulo: Saraiva. 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC). São Paulo: Celso Bastos Editor. 1997.

- _____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2001.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo (Influência do Direito material sobre o processo)*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 1996.
- BERNARDES, Júlio. *Hobbes & a liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2002.
- BEZNOS, Clóvis. *Poder de Polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1979.
- BIELSA, Rafael. *Derecho Constitucional*. 3ª ed., Buenos Aires: Depelama 1959.
- BOBBIO, NOBERTO. *A era dos direitos*. Tradutor Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campos. 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 1994.
- BONUMÁ, João. *Direito Processual Civil*. Vol. 1ª., edição. São Paulo: Saraiva e Cia. 1946.
- BRASIL. Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia. Escola de Administração Fazendária. *Constituições Brasileiras*. Vol. I, II, III,

IV, V, VI e VII.. Brasília: Centro de Estudos Estratégicos. 1999.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Princípio da Razoabilidade em apoio à legalidade*. RT. Caderno de Direito Constitucional e Ciências Políticas. Ano 4. n° 16. jul/set. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1996

CAMPOS, Francisco. *Parecer elaborado em 1952*, publicado na Revista Forense. n° 146. pp. 69 a 77. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1953.

CAMPOS, Virgílio. *A Natureza do Devido Processo Legal*. Ensaio. Recife-PE. 1999.

CARVALHO, Luiz Airton. *Princípios Processuais Constitucionais*. Rio de Janeiro: Cartilha Jurídica, TRFR/1ª Região, n° 28. 1994.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na nova Constituição do Brasil*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1989.

CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. *O Poder*. São Paulo: Saraiva. 1999.

CHEVALLIER, Jacques. *L'Etat de Droit*. Revue Du Droit Public et de la

science politique en France et a l'Etranger. p. 314. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. França: 2-1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação de Ato Administrativo*. Dissertação de concurso à livre docência de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP. 1978.

CLAM, Jean et MARTIN, Gilles, (coordenadores). *Les Transformations de la régulation juridique*. Droit et Société. Recherches et Travaux 5. França: 1998.

CLEVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT. 2000.

Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, XIX, out/1998, São Paulo. *10 anos de Constituição: uma Análise*. Coordenação Instituto Brasileiro de Direito Constitucional - IBDC, São Paulo: Celso Bastos Editor. 1998.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Livraria Almedina. 1987.

CORWIN, Edward S. *A Constituição Norte-Americana e seu significado atual*. Prefácio, tradução e notas de Leda Boechat Rodrigues. Rio de

Janeiro: Jorge Zahar Editor. 1986.

COUTURE, Eduardo. *Inconstitucionalidad por Privación de la Garantía del Debido Proceso*, constante do livro *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires: 1979, tomo I, p. 194.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia da Prestação Jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do Devido Processo Legal*. São Paulo: RT 66. abril/junho de 1992.

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT. 1997.

_____. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. (Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci). São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª edição. atual. São Paulo: Saraiva. 1998.

_____. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Editora Moderna. 1998.

DANTAS, F. C. de San Tiago. *Igualdade perante a lei e "Due Process of Law"* in *Revista Forense* CXVI/357. 1948.

- _____. *Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense. 1953.
- DERGINT, Augusto do Amaral. *Aspecto Material do Devido Processo Legal*. RT-709. Nov/94. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas. 1991.
- _____. *Polícia do meio ambiente*. Revista Forense. Vol. 317 – 1992 (janeiro/fevereiro/março). Rio de Janeiro: Forense. 1992.
- _____. *Direito Administrativo*. 12ª edição. São Paulo: Atlas. 2000.
- DUVERGER, Maurice. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Barcelona: Editora Ariel. 1984.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Legislacion Delegada Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. 3ª edição. Madrid: Editorial Civitas S.A. 1998.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1979.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição. Mutações Constitucionais e Mutações*

Inconstitucionais. 1ª edição, São Paulo: Editora Max Limonad. 1986.

_____. *Conflito entre Poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva. 1988.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva. 1995.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1999.

_____. *O Sistema Constitucional Brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade*. RDA. Fundação Getúlio Vargas (FGV), n° 220. Abril/junho. Editora Renovar. 2000.

_____. *Do Processo Legislativo*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Discrecionalidade: poder ou dever?* São Paulo: RT. 1986. pp. 128-129.

_____. *Estado de Direito e Devido Processo Legal*. RDA. Jul/Set de 1997. n° 209. Renovar – FGV – Fundação Getúlio Vargas.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. (Organização e tradução de Roberto Machado) 14ª edição. Rio de Janeiro: Graal. 1979.

- _____. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau editora. 1999.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3ª edição. Atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.
- FRIEDE, R. Reis. *A garantia constitucional do devido processo legal*. RT 716/71-77, junho. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.
- _____. *Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes. 1998.
- GARCIA, Maria. *O Devido Processo Legal e o direito de permanecer calado. A tortura*. RT. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 5. nº 20. jul/set. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.
- GIANNINI, Massimo Severo. *El Poder Público. Estados y Administraciones Publicas*. Madrid: Civitas. 1991.

GOMES, Luiz. Flávio, e PIOVESAN, Flávia (coordenadores). *O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Editora RT. 2000.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. 4ª, edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1986.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2 ed, Lisboa: Almedina. 1998.

GOMES FILHO, Antonio Carlos Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*, item n. 7, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1997.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual Civil Brasileiro*. 12ª e 14ª edição atualizada. Vol. 1 e 2. São Paulo: Saraiva. 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991.

_____. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros editores Ltda. 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Poder Judiciário e a garantia das liberdades públicas*. In “Revista Convivium”, julho/agosto de 1972.

_____. *As Garantias Constitucionais do direito de ação*. RT ano 1973. p. 215. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1973.

_____. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: José Bushatsky Editor. 1975.

_____. *O Processo Constitucional em marcha - Contraditório e Ampla Defesa em Cem Julgados do Tribunal de Alçada de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: UFC – Imprensa Universitária. 1989.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. (tradução de Gilmar Ferreira Mendes). Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris Editor.

HOYOS, Arturo. *El Debido Proceso*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis. 1998.

JARDIM, Torquato Lorena. “*Due process of law*” e a proteção das liberdades individuais. RDP 64/109-123. out/dez 82.

- JELLINEK, George. *L'État Moderne et son Droit*. vol. II. Paris: 1913.
- JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.
- KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*, 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 1998.
- LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma. 1984.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. trad. del alemán de Luis Díez-Picazo. Madrid: Edit. Civitas. 1985.
- LEAL, Victor Nunes. *Estudo intitulado "Atos Discricionários e Fundações Quase-Judiciais da Administração"*, constante da *Obra Problemas de Direito Público*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1960.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 2ª edição. São Paulo: Editora LTr. 2001.
- LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las Leyes*. 2ª edição. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1989.
- LIPPMANN, Ernesto. *Os Direitos Fundamentais da Constituição de 1988*.

São Paulo: Editora LTr. 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel. 1976.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *O devido processo legal e a Constituição brasileira de 1988*. Revista de Processo 85. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Reforma do Processo Civil Interpretada*. Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 1996.

_____. (organizador) com a colaboração de: MATTOS E SILVA, Bruno; GIOSTRI, Paulo Fernando de A.; SUGAYA, Roberto. *Regimentos Internos comparados e anotados*. São Paulo: Cultural Paulista. 1998.

_____. *Código de Processo Civil Interpretado*. Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 4ª Edição. São Paulo: Editora Manole. 2004.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. rev. e atual / pelo Prof. Miguel Alfredo Maluf Neto. 24ª edição. São Paulo: Saraiva. 1998.

MARTINS, Adriano Kalfelz. *O Momento da Remoção de Bens na Execução em face a Constituição Federal*. RT 696 de outubro. São

Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª edição.

Rio de Janeiro: Forense. 2000.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São

Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

_____. *Direito Administrativo Moderno*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

MEDEIROS, Osmar Fernando de. *Devido Processo Legal e Indevido*

Processo Penal. Curitiba: Editora Juruá. 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª edição.

São Paulo: Malheiros Editores. 1995.

_____. Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 1999.

_____. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação civil pública, mandado de injunção, "Habeas datas", Ação Direta de Inconstitucionalidade, e Ação Declaratória de Constitucionalidade*.

22ª edição. Atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes.

São Paulo: Ed. Malheiros. 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 1992.

_____. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 1997.

MELLO FILHO, José Celso de. *A Tutela Judicial da Liberdade*. RT. n° 526/321 de agosto. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1979.

MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

MENEZES, Olindo. *Recurso Administrativo. Pressuposto do depósito prévio. Inadmissibilidade. Princípio do Contraditório e ampla defesa*. RT – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 4. n° 14 – Jan/mar. Instituto de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª edição. 2ª tiragem. Brasília: Editora Brasília Jurídica. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva. 1990.

_____. *A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo: IOB, nº 23, 1ª Quinzena de Dezembro de 1994, verbete nº 1/8175, p. 475-469.

_____. *Direitos Fundamentais e controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor. 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 2ª edição. São Paulo. Ed. Atlas. 1994.

_____. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas. 1996.

_____. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas. 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed., v. 2. Coimbra: Coimbra ed., 1983.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. II, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1979.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *De L' Esprit Des Lois*. (Chronologie, introduction, bibliographie para Victor GOLDSCHMIDT). 1º e 2º vol. Paris: Garnier-Flammarion. 1979.

_____. *O Espírito das Leis*. (tradução Cristina Murachco). 1ª edição. São Paulo : Martins Fontes. 1993.

_____. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo / Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª edição. São Paulo: Saraiva. 2000.*

MONTORO, André Franco. *Introdução a Ciência do Direito. 25ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.*

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais. 3ª edição. São Paulo: Atlas. 2000.*

_____. *Direito Constitucional. 10ª edição. São Paulo: Atlas. 2001.*

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Os Princípios do Direito Processual Civil na Constituição de 1988. Livro de Estudos Jurídicos. Vol. 4. Rio de Janeiro: Institutos de Estudos Jurídicos. 1992.*

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense. 1989.*

MOURÈS, Yves. *Éléments de droit public et administratif. Presses Universitaires de France. 1957.*

MÜLLER, Mary Stela, CORNELSEN, Julce Mary. *Normas e Padrões para Teses, Dissertações e Monografias. 2ª Edição. Londrina: Editora UEL. 1999.*

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 16ª edição. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense. 1998.

_____. Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

NEGRÃO, Theotônio Negrão. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva. 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996-97.

_____. e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

NETTO, André Luiz Borges. *Competências Legislativas dos Estados membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

NORONHA, E Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 1987.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva. 1997.

NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1943.

- PALADIN, Livio. *Il Principio Costituzionale di Eguaglianza*. Milano: 1965.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.
- PASSOS, José Joaquim Calmos de. *Advocacia – O direito de recorrer à Justiça*, in Revista de Processo (10):38, São Paulo: RT, abr./jun., 1978.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Devido processo legal, continência e crime culposo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais 5. São Paulo: IBCcrim, 1994.
- PIOVESAN, Flávia C. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad. 1996.
- PORTO DE CARVALHO, Márcia Haydée. *Hermenêutica Constitucional*. p. 74. Florianópolis: Obra Jurídica. 1997.
- QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *O devido processo legal*. RT 748. fevereiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva. 1996.
- _____. Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª edição. São Paulo:

Saraiva. 2000.

ROBERT, Jacques, AUBY, Jean-Marie, et PINET, Thérèse. *L'État de droit et allures. Revue du Droit Public et de la science politique en France et a l'étranger*. Librairie générale de droit et de jurisprudence. 2-1988.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro*. RDA. n° 209. jul/set de 1997.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 1ª Ed. 2 tiragem. São Paulo: Atlas. 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du Contrat Social*. Livro II, Capítulo VI, França: Ed. Aubier. 1943.

SABATOVSKI, Emilio; e FOUTOURA, Iara P. *Constituição Federal e Convenções Internacionais*. 4ª edição. Curitiba: Editora Juruá. 2000.

SANDIM, Emerson Odilon. *O Devido Processo Legal na Administração Pública, (com enfoques previdenciários)*. São Paulo: Editora LTr. 1997.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 14ª edição. atual. São Paulo: Saraiva. 1990.

SCARANCE, Antonio Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

SCHMITT, Carl. “*Verfassungslehre*” (*Teoria da Constituição*), 1928.

_____. *Teoria de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial. 1982.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 1998.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 1998.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 4ª edição. Vol. I, II, III e IV. Edição Universitária. Rio de Janeiro: Forense. 1996.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

SYRETT, Harold C. (Org.). *Documentos Históricos dos Estados Unidos*. Tradução de Octavio Mendes Cajado. São Paulo: Editora Cultrix. 1980.

STRONG, Frank R. *Substantive Due Process Of Law. A Dichotomy of Sense and Nonsense*. Carolina Academic Press. Lybrary of Congress

Catalog n° 86-71003.1986.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade. No Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1995.

SUANNES, Aduino. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros. 1993.

TÁCITO, Caio. *O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais*. in RDA 188/1 (1992).

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2001.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14ª edição. rev. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil*. RT 665, mês de março. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991.

_____. Livro de Estudos Jurídicos, vol. 6. Coordenado por James

Tubenchalak e Ricardo Silva de Bustamante. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos. 1993.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. I. Rio de Janeiro: 1974.

TOLEDO BARROS, Suzana de. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica Ltda. 1996.

TUCCI, Rogério Lauria e CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva. 1989.

_____. *Indevido Processo Legal decorrente da apresentação simultânea de memoriais*. RT. 662, mês de dezembro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990.

TUCCI, Rogério Lauria. *Devido processo penal e atuação dos sujeitos parciais*. Revista de Processo 69. s/d. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *Visão do Direito Processual Penal moderno* in Justiça Penal 7. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999.

VALENZUELA, Francisco Berlin Valenzuela. *Derecho Parlamentario*. Primeira reimpressão. México: Fondo de Cultura Econômica. 1994.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1978.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Anotações sobre o Princípio do Devido Processo Legal*. RT-646 - ago. 1989.

WARAT, Luís Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Editora Moderna. 1996.

Tombc	T01792
Valor	—
Proc	Esquivel A. P. Ballesteros
Data	27.07.05
Encaje	

ACUWO 148744

CÓD. EX. 124610



124610