

DEVIDO PROCESSO LEGAL: HISTÓRIA E CONTEÚDO

Due Process of Law: history and content

Vitor Galvão Fraga

Especialista em Direito Administrativo pelo PPGD-UFPE

Bacharel em Direito pela FDR-CCJ-UFPE

Advogado

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o princípio do devido processo legal e busca analisar seus desdobramentos procedimentais e materiais no curso da história. Através da coleta de dados em fontes legais, jurisprudenciais e doutrinárias, com o uso de metodologia hipotético-dedutiva, procurou-se estabelecer as premissas teóricas que delimitem os sentidos desse importante princípio da Teoria Geral do Processo, para que se chegue a conclusão sobre o seu papel no condicionamento procedimental da ação do Estado. Para tanto, parte-se da imprescindível análise dos desdobramentos históricos que sofreu o instituto ainda em sua origem anglo-americana e no constitucionalismo brasileiro, para em seguida explorar suas principais características e sentidos que toma na dogmática jurídica.

ABSTRACT: The present article's object is the due process of law principle, it analyses its procedural and material developments throughout history. Through the collect of data in legal, jurisprudential and doctrinal sources, by the use of hypothetical-deductive methodology, premises delimiting the senses of this important principle were established in order to reach a conclusion about its role in the procedural conditioning of State's action. For that, this study starts from the indispensable analysis of the historical development suffered by the institute since its beginning in the Anglo-American legal tradition and trough Brazilian constitutionalism, in furtherance of exploring its main characteristics and the senses it takes in legal dogmatic.

1. INTRODUÇÃO

O devido processo legal é conhecido e importante princípio da Teoria Geral do Processo. Originário da Magna Carta de 1215 na Inglaterra, desde então os processualistas o desenvolveram atribuindo a ele diversas dimensões, facetas e desdobramentos, constituindo hoje uma espécie de princípio de abrangência de todas as garantias processuais e direitos que gozam a parte numa relação processual.

O objetivo desse estudo é traçar o histórico desse princípio a fim de entender quais sentidos ele manifesta na experiência jurídica brasileira e estrangeira. Para isso, começaremos com a análise da sua origem no direito inglês medieval, seu desenvolvimento no direito constitucional estadunidense e, finalmente, sua recepção nas constituições do Brasil. Através da coleta de dados em fontes legais, jurisprudenciais e doutrinárias, com o uso de metodologia hipotético-dedutiva, procurou-se estabelecer as premissas teóricas que delimitem o conteúdo desse importante princípio da Teoria Geral do Processo, para que se chegue a uma conclusão sobre o seu papel no condicionamento procedimental da ação do Estado.

É importante notar no decorrer da análise que tal princípio denota aspectos muito mais amplos do que seus tradicionais desdobramentos em ampla defesa e contraditório, sendo mesmo fundamento embrionário para o controle de constitucionalidade dos atos estatais. Mais do que isso, procuramos demonstrar que o devido processo legal é baliza ampla de desenvolvimento da processualidade estatal.

1. ORIGENS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Dos princípios incidentes sobre a processualidade, destaca-se como o mais abrangente, o devido processo legal. Tal princípio é um dos institutos jurídicos que mais sofreu o acúmulo histórico, pois a noção do que é devido necessariamente perpassa a sociedade e o momento histórico em que vive. Nesse sentido, é de extrema importância analisar sua origem e o seu desenvolvimento até sua incorporação em nossa ordem constitucional, tendo em vista que “a construção do processo devido é obra eternamente em progresso” (DIDIER JR., 2015, p. 66).

A origem remota do devido processo legal é ligada ao direito alemão medieval, mais especificamente ao *Constitutio de Feudis*, édito de 28 de Maio de 1037 do imperador Romano-Germânico Konrad II (Konrad der Ältere – Conrado, o Velho). Esse édito é tido como o primeiro que reduziu o direito feudal a termo

escrito. Através do édito, certas regras costumeiras ganham autoridade derivada da dignidade do promulgador e conseqüente aceitação universal. O édito marca a maturidade do feudalismo alemão ao aprovar a perpetuidade da sua mais fundamental célula política, o feudo (STUBBS, 1908, p. 146).

O conteúdo do édito consiste em quatro artigos. O primeiro deles é o mais importante para esse estudo, pois consubstancia a ideia inicial do devido processo legal. Nele o imperador estabeleceu a regra de que nenhum homem pode ser privado do seu feudo a não ser em virtude das “leis do império”, às quais mesmo o imperador se submete, e através do julgamento dos seus pares (expressão posteriormente copiada na Magna Carta), consolidando, via de regra, como indevida a quebra do costume medieval da hereditariedade dos feudos (que é afirmado no artigo terceiro do édito) (STUBBS, 1908, p. 147).

Apesar da *Constitutio de Feudis*, normalmente, se identifica o surgimento do devido processo legal com a mencionada Magna Carta de 15 de junho de 1215 (Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae – Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do reino inglês), pelo emprego textual da expressão law of the land, que posteriormente veio a ser interpretada pelo direito inglês como o mesmo que due process of law, como será visto adiante. Não obstante, é importante reconhecer o papel do direito alemão medieval na construção dessa importante noção de um instituto que limita o poder estatal e impede a tirania, que veio inspirar os documentos legais posteriores.

A Magna Carta surge em um momento em que o modo de organização feudal perdia forças, o rei passava a se destacar como o primus inter pares - o primeiro dos suseranos - e, naturalmente, a todo movimento centralizador ocorrem reações descentralizadoras (COMPARATO, 2015, p. 84). Nesse panorama, durante o reinado de Ricardo Coração de Leão os senhores feudais se tornaram cada vez mais insatisfeitos com os crescentes impostos que serviam para custear as expedições militares do soberano, que por sua vez quase nunca governava de seu território, pois passou a maior parte do seu reinado na Terceira Cruzada ou em guerra com a França (Ducado da Normandia). Como resultado, o sucessor de Ricardo Coração de Leão, João Sem Terra (ano 1199), recebeu um reino instável, com uma nobreza descontente. O ápice do descontentamento ocorreu com a perda da maior parte dos feudos continentais para o reino francês. Não demorou para que em 1215 os senhores feudais ingleses (barões) impusessem ao rei um compromisso de governo para a estabilidade do reino. Esse compromisso foi a Magna Carta (AQUINO; LOPES; FRANCO, 2003, p. 591).

A Magna Carta, apesar de ser um instrumento normativo basilar da ordem social e jurídica do antigo e atual regime inglês, não é uma constituição; faltalhe, para tal, a universalidade (NETO; SARMENTO, 2016, p. 72), isto é, sua capacidade a abranger os direitos e interesses da generalidade dos cidadãos. A Magna Carta se apresenta como um acordo entre o rei e os barões, um compromisso interno aos estamentos dominantes da sociedade. Nesse sentido, é melhor classificada como um contrato de senhorio (*Herrschaftsvertrag*) (COMPARATO, 2015, p. 91), convenção pelo meio da qual se atribuíam regalias, privilégios, franquias aos membros do estamento senhorial.

A Magna Carta é, acima de tudo, um documento que visou assegurar os direitos dos senhores feudais ingleses contra o poder cada vez mais centralizador do rei. Não há o escopo de se apresentar como carta universal de direitos, mas como uma espécie de acordo entre os titulares do poder real na sociedade. Por tal motivo, foi escrito em latim, língua a que a maioria da população não tinha acesso (FIGUEIREDO, 1997, p. 9).

Como aponta McKechnie, A Magna Carta é um acordo entre partes teoricamente iguais em poder, como uma forma de retomar o equilíbrio do reino. De um lado os barões reafirmam a autoridade da coroa e de outro a coroa garante as garantias dos barões contra seu abuso de poder. Nas suas palavras: “Os barões naquele dia renovaram seus votos de lealdade e respeito: esse foi o preço estipulado pelas ‘liberdades’.” (MCKECHNIE, 1914, p. 40).

Dentre os direitos garantidos pela Magna Carta, temos as liberdades eclesiásticas, a clássica garantia de representatividade tributária (no taxation without representation), algumas disposições embrionárias do que viria a ser o princípio da legalidade, o dever do rei de fazer justiça, o tribunal do júri, a proporcionalidade da pena, a propriedade privada, a liberdade de locomoção, entre outros.

O documento foi escrito em texto corrido, sem parágrafos ou divisões, porém, normalmente ele é dividido em um preâmbulo e sessenta e três cláusulas (COMPARATO, 2015, p. 83). A cláusula associada ao devido processo legal é a 39, a mais importante do documento, cuja redação¹ dispõe:

¹ Do original em latim: “39. Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.” Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/magnacarta.html>> Acesso em: 16 de dezembro de 2016

Nenhum homem livre deve ser detido ou aprisionado, ou privado dos seus direitos de posseção, ou banido ou exilado, ou prejudicado de qualquer forma, nem procederemos coercitivamente contra ele, ou mandaremos outros para fazê-lo, senão mediante um julgamento legal dos seus iguais ou segundo a lei da terra (BRITISH LIBRARY²).

Interessante perceber em momento algum a Magna Carta menciona a expressão devido processo legal (due process of law), mencionando, por outro lado, a expressão lei da terra (law of the land / *legem terrae*). Importa observar que que a palavra law, numa ou noutra expressão, não se traduz exatamente em lei, enquanto fonte do direito, que corresponde ao termo statute do direito anglo-saxão; na verdade, no direito inglês law indica o direito como um todo, abrangendo todas as suas fontes.

A *Legem Terrae* é um instituto anterior à Magna Carta, surgiu com o rei Guilherme I, o conquistador, que deu início a um reinado normando sobre a Inglaterra. Ao se sagrar rei, Guilherme I, percebendo a devoção que o povo tinha ao antigo rei Eduardo, o Confessor, resolveu reafirmar as leis do seu antecessor saxão, como forma de desconstruir sua imagem de invasor e reconstruí-la como a do sucessor de um rei amado. Sua atitude construiu o costume jurídico de que os reis ingleses devem respeitar as leis dos seus antecessores que se tornam, com o fim do seu reinado, a lei da terra (RAMOS, 2007, p. 103).

A lei da terra representaria, então, a confirmação da vigência das normas editadas pelos monarcas que já morreram, escritas ou não; mais do que isso, significa que os compromissos travados pelos reis ingleses vinculariam os seus sucessores pois se tornavam lei da terra.

A expressão devido processo legal (due process of law) surge apenas em 1354, quando Eduardo III reafirma as leis da terra, entre elas a Magna Carta firmada por João Sem Terra em 1215. Nesse momento, o parlamento reeditou a Magna Carta através de uma lei conhecida como Statute of Westminster substituindo em seu capítulo 3 os termos julgamento legal dos seus iguais e lei da terra por devido processo legal (NERY JR, 2004, p. 61).

Para a correta compreensão da expressão, era preciso interpretá-la em conjunto com o capítulo 10 do mesmo Statute of Westminster que previa

² Traduzido pelo autor do inglês: "(39) No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land."

a observância do *due process* para o indiciamento de algumas autoridades inglesas, o que consistia na obrigação de tais autoridades serem levadas perante juízes do rei, aos quais era dado o poder de proceder segundo as diretivas legais (*writs*). Percebe-se, então, que nesse capítulo o devido processo legal está ligado ao necessário cumprimento de um rito procedimental específico que deve ser seguido nos casos ali previstos. No mesmo sentido dever-se-ia interpretar a expressão no capítulo 3, ou seja, entendendo-se por *due process* uma regra que exigia a observância de um *writ* apropriado para que se processe qualquer pessoa perante as cortes do rei (JUROW, 1975, p. 267).

A mudança terminológica teve como objetivo a sanção do uso de novas fórmulas processuais pelo King's Council. A Carta agora revisada não garantiria mais um procedimento casuístico, mas sim o procedimento prescrito para um caso submetido à jurisdição estatal. Assim, devido processo legal seria o procedimento regular para constituir lides e determinar a responsabilidade jurídica de outrem (WASSERMAN, 2004, p.2).

Com o passar do tempo, as expressões *law of the land* e *due process* acabaram por se tornar sinônimas, significando o coração das garantias procedimentais de que gozava a nobreza. Nesse sentido, ensina Tavares Pereira (2007, p. 6):

Carlos Roberto de Siqueira Castro adverte para o fato de que, embora essa expressão não tenha constado na Magna Carta, no “[...] período da primeira infância do nosso instituto, as expressões *law of the land*, *due course of law* e *due process of law*, que acabou se consagrando, eram tratadas indistintamente pela mentalidade jurídica então vigorante.” Por isso, “a expressão *Law of the Land* é tida [...] unanimemente, como a predecessora direta e equivalente, em sentido e alcance, de *Due Process of Law*”. Para John V. Orth, a jurisprudência assentou que as frases significam identicamente a mesma coisa. Como ensinava Thomas McIntire Cooley, em 1880, perguntar “o que é o *Law of the Land*?” é outra forma de perguntar “o que é o *Due Process of Law*”?

Na Inglaterra, o princípio do devido processo legal se desenvolveu em uma série de consequências: deveres e direitos que eram dele consecutórios. Em sede jurisprudencial, o princípio foi afirmado no caso *Dr. Bonham*, famoso antecedente do Controle de Constitucionalidade.

O caso *Dr. Bonham* foi ajuizado em 1606 perante a *Court of Common Pleas*. *Dr. Bonham* havia sido multado e preso por exercer medicina sem autorização do *Royal College of Physicians* de Londres, argumentava que a prisão havia sido ilegal pois era doutor pela *Cambridge University*, não estando sob o poder de polícia do *Royal College* de Londres. O argumento do *Royal*

College era fundado num conjunto de documentos emitidos por Henrique VIII e confirmados por lei (statute) pelo parlamento que delegavam a ele os poderes de fiscalização e controle do exercício da medicina em Londres.

O magistrado sir Edward Coke julgou que a delegação feita pelo rei e confirmada por lei do parlamento era contrária ao direito consuetudinário, devendo, então, ser afastada. Coke se valou de cinco linhas argumentativas, a mais importante, porém, foi uma afirmação do devido processo legal através da ideia de parcialidade do Royal College. Isto se deu pois pela delegação a entidade receberia metade de todo montante que fosse recolhido a título de multa, conseqüentemente, teriam interesse em multar o máximo de pessoas possível; *In litteris*:

Os censores não podem ser juizes, ministros e partes; juizes para sentenciar ou julgar; ministros para intimar; e partes para receber a metade da exação (...) O common law controlará os atos do parlamento e, por vezes, os julgará manifestamente inválidos; pois quando um ato do parlamento for de encontro ao direito comum e à razão, ou repugnante, ou impossível de ser realizado, o common law o controlará e julgará tal ato como nulo. (COKE Apud SMITH, 1979, p. 258)³

É importante notar que preferimos não traduzir a expressão common law para direito comum ou qualquer das expressões que o valham. Isto porque a expressão é ambígua, podendo significar tanto a chamada família de direito anglo-saxã, como pode significar um conjunto de princípios próprios a essa família e que formam uma das fontes do seu direito ao lado de outras alheias ao nosso sistema, como a equity e o statute law. O sentido usado por Coke é, evidentemente, este segundo, pois ele está evidenciando o choque entre duas fontes, o statute law criado pelo parlamento e o common law que é desenvolvido pelas cortes inglesas. Esse sentido é destacado pelo verbete da Corpus Juris Secundum (Apud BYRD, 2011, p. 5) como:

I. §2. O common law é uma das formas de direito, e é um sistema controlado de regras e princípios, flexível e suscetível a adaptação a novas condições, apesar de fundamentalmente imutável, que é desenvolvido e declarado, apesar de não

³ Tradução do original: “The censors cannot be judges, ministers, and parties; judges to give sentence or judgment; ministers to make summons; and parties to have the moiety of the forfeiture... [T]he common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void.”

estabelecido, pelas decisões judiciais. (...) A autoridade de suas regras não depende de um ato legislativo positivo, (...) mas da aceitação geral e uso, e da tendência das regras a atingir os fins da justiça.⁴

A tentativa de controle judicial dos atos do parlamento não prosperou na jurisprudência inglesa, e logo o sir Coke foi destituído do seu cargo pelo rei Jaime I, reafirmando uma separação de poderes com ênfase na soberania do parlamento (FIGUEIREDO, 1997, 243).

O devido processo legal chegou aos Estados Unidos da América com os colonos, que clamavam para si as mesmas proteções legais que eles gozavam na Inglaterra. Os colonos entendiam o *due process* como algo além das garantias procedimentais, para eles era também uma proteção sobre o direito adquirido e uma limitação ao exercício tirânico do poder de polícia (WASSERMAN, 2004, p. 3).

Nos vários documentos que se seguem no conturbado período de descontentamento dos colonos americanos com os desmandos do rei George III se percebe o uso constante dos institutos já consagrados no direito inglês e acima explicados. A Declaração da Virgínia, por exemplo, apesar de não falar em *due process*, copia o texto original da Magna Carta e cita o julgamento dos seus iguais e a lei da terra. Mais do que isso, os colonos adotavam o entendimento de Coke de que a lei da terra, como elemento da *common law*, poderia eivar de nulidade os atos do parlamento contrários a ela. Rhonda Wasserman (2004, p. 3) ensina que:

Os colonos invocaram o devido processo e a terminologia “lei da terra” da Magna Carta nas suas querelas contra a Inglaterra e que levaram à Guerra Revolucionária. Assim, quando oficiais britânicos tentaram executar os Navigation Acts em Boston por meio de mandados gerais de busca, um advogado de Massachusetts, James Otis, argumentou que a corte deveria invalidar os atos do parlamento que fossem contrários à constituição da Inglaterra e ao dispositivo da “lei da terra” da Magna Carta. Otis se baseou na visão do Lord Coke de que a “lei da terra” limitava os poderes do parlamento, assim como do rei e das suas cortes. Da mesma forma, ao contestar o Stamp Act, os colonos argumentaram que ele haveria violado a Magna Carta por autorizar julgamentos de réus nas cortes do almirantado sem a proteção de um julgamento pelo júri. Assim, os colonos acreditavam que a “lei da terra” restringia o legislativo assim como outros poderes.⁵

⁴ Tradução própria do original: “I. §2. The common law is one of the forms of law, and is a controlling system of rules and principles, flexible and susceptible of adaptation to new conditions, although fundamentally immutable, which is developed and stated in, although not established by, judicial decisions. (...) The authority of its rules does not depend on positive legislative enactment, (...) but on general reception and usage, and the tendency of the rules to accomplish the ends of justice.”

⁵ Tradução própria do original: “The colonists invoked *due process* and the “law of the land” language from the Magna Carta in their struggles with England leading up to the Revolutionary War. Thus, when British officials sought to enforce the Navigation Acts in Boston by means of general search warrants, a Massachusetts attorney, James Otis, argued that the court should invalidate Acts of Parliament that were contrary to the constitution of England and the “law of the land” provision of the Magna Carta. Otis relied on Lord Coke’s view that the “law of the land” limited the powers of Parliament, as well as the King and his courts.¹⁸ Likewise, in challenging the Stamp Act, the colonists argued that it violated the Magna Carta by authorizing trials of offenders in the admiralty courts without the protection of trial by jury. Thus, the colonists believed that the “law of the land” constrained the legislature as well as the other branches of government.”

A despeito de os colonos terem abraçado o entendimento de Coke, os Framers da Constituição de 1787 foram bem comedidos com texto constitucional. A Constituição Americana, em seu texto original, não faz menção alguma ao devido processo legal, que só foi incorporado ao seu texto anos depois por meio de emenda.

Quando da sua edição, a Constituição Americana fora muito criticada por não conter uma bula de direitos (bill of rights). Os britânicos tinham uma que limitava o poder do monarca e vários estados da federação (todos, exceto Nova Iorque) tinham as suas próprias bulas que prescreviam direitos aos seus cidadãos. Na Convenção de Filadélfia, George Mason, redator da Declaração de Direitos da Virgínia, propôs que houvesse uma bula de direitos à guisa de prefácio do texto constitucional. Sua proposta fora derrubada pelos outros convencionais, que entendiam haver desnecessidade de uma bula quando a maioria dos estados já tinha as suas próprias (COMPARATO, 2015, p. 133).

A Constituição ter sido editada sem previsão similar parecia um verdadeiro retrocesso constitucional. Muitos americanos temiam que o governo viesse a ser tirânico, pois não havia um documento legal por meio do qual pudessem se defender contra seu eventual abuso de poder. A Constituição nasceu, então, com um enorme déficit de legitimidade, o que levou James Madison, importante convencional, mudar de ideia e apoiar a criação de uma bula de direitos nacional que ele mesmo escreveu com base na bula do seu estado. Em 1789 ele levou doze emendas ao Congresso Americano e em 1791 dez delas foram ratificadas, formando o que até hoje é conhecido como Bill of Rights.

A *Bill of Rights*, prevê uma série de direitos substantivos (Liberdade religiosa, liberdade de expressão, liberdade de reunião, direito de portar armas e limitações ao aquartelamento de soldados), direitos de procedimento (liberdade ante a registros e confiscos irrazoáveis, requisitos de júri, proibição de double jeopardy, proibição de autoincriminação, requisito de justa compensação, celeridade, direito a assistência por advogado, proibição de multas exorbitantes, etc.), uma regra de interpretação não restritiva em relação ao rol de direitos e, por fim, uma cláusula federativa destacando que aquilo que não está proibido aos estados nem conferido à União pela constituição, deve ser entendido como de competência estadual. Dentre as emendas da Bill of Rights destacamos a quinta, que diz:

nenhuma pessoa será levada a responder por um crime capital, ou de qualquer outra forma infame, a não ser mediante denúncia ou indiciamento por um Jurí de Acusação (Grand Jury), exceto em casos internos do exército ou da marinha, ou numa milícia de estado, quando em serviço atual em tempo de guerra ou calamidade

pública; nem será nenhuma pessoa sujeita pela mesma ofensa a ser duplamente apenada sobre sua vida ou integridade; nem será compelida em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesma, nem privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o respeito ao devido processo legal; nem deverá a propriedade privada ser tirada para uso público sem compensação adequada.⁶

Aparece, assim, o devido processo legal como emenda à Constituição Americana, abandonando-se a expressão lei da terra usada por Coke e adotada pela Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia. A quinta emenda lida com questões eminentemente penais: temos o direito ao Grand Jury e a vedação ao double jeopardy. Para além dela, na sua frase final, há a cláusula de justa compensação, conhecida pela jurisprudência americana como “takings clause”.

Porém, a parte mais importante para os fins desse texto é a chamada due process clause, quando a emenda diz que ninguém pode ser “privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o respeito ao devido processo legal”. Essa cláusula é detalhada pelas emendas VI a VIII. Inicialmente, o devido processo esculpido na quinta emenda tem caráter preponderantemente penal, instituindo um limite ao Estado durante a perseguição penal.

A cláusula também funciona como uma previsão de procedimentos especiais não mencionados na constituição, a exemplo dos ritos de acusação para incapazes. Por fim, é importante lembrar que a quinta emenda foi originalmente entendida como limite apenas ao governo federal, não incidente sobre os estados; essa posição foi confirmada em 1833 pela Suprema Corte no caso *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, cujo voto do Chief Justice Marshall aduz:

A Constituição foi ordenada e estabelecida pelo povo dos Estados Unidos para si mesmo, para seu próprio governo, e não para o governo dos estados individualmente. Cada estado estabeleceu para si uma constituição, e nessa constituição estabeleceu tais limitações e restrições aos poderes do seu governo particular conforme seu próprio julgamento. O povo dos Estados Unidos editou um governo similar para os Estados Unidos da forma como ele calculou ser melhor adaptado à sua situação e melhor calculado para promover seus interesses. Os poderes que conferiram a esse governo seriam exercidos por ele, e as limitações de poder, se expressas

⁶ Tradução própria do original: “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.”

em termos gerais, são naturalmente, e pensamos necessariamente, aplicáveis ao governo criado por esse instrumento. Elas são limitações de poder garantidas no próprio instrumento, não de governos distintos editados por pessoas diferentes e para diferentes propósitos. (U.S. SUPREME COURT, 1833, p. 248)⁷

Tal entendimento só mudou com as chamadas emendas da reconstrução. A Constituição original somada à Bill of Rights sobreviveu por dois séculos. As emendas da reconstrução (emendas XIII-XV) foram todas ratificadas num curto período de cinco anos (1865-1870) durante o curso da Guerra de Secessão, lidando com o fim da escravidão e a garantia de liberdades básicas a todas as pessoas.

A emenda XIV é a mais longa da Constituição e tem como função criar as bases para o novo *establishment* constitucional do pós-guerra. Entre outras determinações, ela cria novos direitos de cidadania e de voto, realoca membros do congresso, pune rebeldes e trata, inclusive, da dívida pública. O trecho que nos interessa, porém, tem a seguinte redação:

Nenhum estado fará ou executará qualquer lei que viole os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem deverá qualquer estado privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o respeito ao devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.⁸

O principal objetivo desse trecho é impedir que os estados discriminem ex-escravos por sua condição pregressa. É enfatizado que os cidadãos americanos receberão todos os direitos de cidadania dos seus estados também. Ninguém, nem mesmo os ex-escravos, terá seus privilégios ou imunidades (aqueles garantidos na Bill of Rights) violados. A frase sobre o *due process* é explicitamente copiada da quinta emenda para enfatizar que também deve ser observado pelos estados (OGDEN, 2015, p. 107).

⁷ Tradução própria do original: “The Constitution was ordained and established by the people of the United States for themselves, for their own government, and not for the government of the individual States. Each State established a constitution for itself, and in that constitution provided such limitations and restrictions on the powers of its particular government as its judgment dictated. The people of the United States framed such a government for the United States as they supposed best adapted to their situation and best calculated to promote their interests. The powers they conferred on this government were to be exercised by itself, and the limitations on power, if expressed in general terms, are naturally, and we think necessarily, applicable to the government created by the instrument. They are limitations of power granted in the instrument itself, not of distinct governments framed by different persons and for different purposes.”

⁸ Tradução própria do original: “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

Apesar da evolução da proteção com a emenda XIV, ela sofreu muita resistência em sua aplicação pelos ordenamentos jurídicos estaduais. A própria Suprema Corte levou aproximadamente cem anos para dar-lhe aplicação no âmbito processual penal (RAMOS, 2007, p. 107).

2. DEVIDO PROCESSO LEGAL E A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Notadamente, o devido processo legal se desenvolveu na doutrina do common law, com ênfase na construção jurisprudencial americana. Aqui no Brasil, a expressão devido processo legal só veio aparecer na Constituição de 1988, mas algumas regras consuetudinárias desse princípio existiam aqui e ali nas fases constitucionais passadas.

De início, é válido lembrar que no curto tempo de existência do nosso Estado tivemos diversas constituições (sete ou oito, ao total, a depender de considerar o documento de 1969 uma constituição), porém faltou-nos constitucionalismo, pois grande parte dessas constituições não conseguiu cumprir o papel precípua de limitar o poder estatal e proteger os cidadãos. Ao invés disso, muitas delas foram mera fachada de uma conjuntura de poder arbitrária (NETO; SARMENTO, 2016, p. 97).

Apesar da pouca expressividade constitucional pré-88, o devido processo legal teve algumas manifestações legislativas e doutrinárias importantes antes da Constituição Cidadã.

Nossa primeira constituição é o documento que cria as bases jurídicas do recém independente império brasileiro. Fora outorgada em 1824 pelo Imperador Pedro I, que havia dissolvido a Assembleia Constituinte de 1823. Para receber maior legitimação, o imperador submeteu o projeto de constituição às câmaras municipais, para que dessem sugestões. Sua inspiração ideológica é a Constituição Francesa de 1814, marcada pelo liberalismo conservador e pelo semi-absolutismo. Em nossa primeira constituição, conviviam direitos individuais (arts. 92 a 96) e um poder moderador consubstanciado no imperador (arts. 98 a 101) (NETO; SARMENTO, 2016, p. 101).

Apesar de não haver menção expressa ao due process, a Constituição Imperial estabelecia uma série de provisões que se identificam com seu conteúdo clássico. Entre elas: a instituição do júri (arts. 151-2), presunção de inocência (art. 179, VIII) e outras garantias do art. 179 relacionados à legalidade.

A Constituição de 1891, a primeira republicana, é de massiva inspiração norte-americana, que se observa no seu texto sintético de ideologia liberal e que prevê os institutos da do presidencialismo, a república, o federalismo e o controle de constitucionalidade das leis. O art. 72 traz um amplo rol de direitos que supera os da constituição anterior. Dentre esses direitos, devemos destacar os relacionados ao devido processo legal e que representaram grande avanço, são os §§ 14 e 16, in verbis (com a redação da emenda nº 3 de 1926):

§ 14. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admitir.

§ 16. Aos acusados se assegurara na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas.

A Constituição de 1934 é fruto do constitucionalismo social, inspirada nas constituições do México de 1917, de Weimar de 1919 e a da Espanha de 1931. Seu texto é extenso, abandonando a característica da anterior, e preocupado com a ampliação dos direitos sociais, ampliando a incidência do direito constitucional em várias matérias como servidores públicos, segurança pública, ordem econômica, entre outras.

No que importa ao devido processo legal, essa constituição não representa nenhum avanço em relação à anterior. Mantém a previsão da ampla defesa, porém, dá uma redação mais curta ao dispositivo no seu art. 113, §24: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”.

A constituição de 1934 teve vida curta, e em novembro de 1937 tivemos outorgada por Getúlio Vargas uma nova lei constitucional em substituição àquela. Seu principal traço distintivo é o autoritarismo. A Carta de 37 é classificada como uma constituição semântica, um texto constitucional instrumentalizado para o melhor exercício do poder pelo governante (HORTA, 2010, p. 28).

Na Carta de 1937, se por um lado vemos a abolição da ampla defesa em termos gerais, como tínhamos nas duas constituições anteriores, por outro vemos o surgimento de dois dispositivos que expressam o devido processo legal de outra maneira no final do seu art. 122, §11, que diz: “(...) a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa ”.

Apesar da pequena evolução do texto constitucional, já em 1943, Castro Nunes defendia que, mesmo não havendo expressa menção constitucional, o devido processo legal existia implicitamente em nosso ordenamento jurídico (DAMACENO, 2007, p. 68).

A Constituição de 1946, por sua vez, surgiu durante as grandes mudanças da doutrina constitucional global em decorrência do pós-guerra. Seu traço distintivo é a retomada da democracia e a reconciliação com o Estado social de 1934, representando um verdadeiro desenvolvimento dessa constituição.

A grande novidade da Constituição de 1946 para a processualidade está na inafastabilidade da jurisdição nos termos do art. 141, §4º: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Foi sob essa constituição que em 1948 San Tiago Dantas escreve seu artigo *seminal igualdade perante a lei e “due process of law”* publicado na Revista Forense. Dantas tratava de separação de poderes e de maneiras de controlar a arbitrariedade legislativa a partir dos seus estudos do judicial review americano com ênfase na doutrina do due process como standard de conformação jurídica (DANTAS, 1948, p. 357-367).

Dez anos depois, em 1958, a autora Lêda Boechat Rodrigues falava sobre substantive due process em marcante obra intitulada A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano. Na obra, a autora trazia aquela ideia que começou lá atrás com o Lord Coke de um devido processo legal como uma regra de razão (razoabilidade), envolvendo juízos de ordem econômica e social (RODRIGUES, 1958, p.139).

Na legislação infraconstitucional, tínhamos (e temos) o Código Tributário Nacional de 1966, ao dispor sobre o poder de polícia da Administração, condiciona o seu exercício ao devido processo legal. Diz em seu art. 78, parágrafo único que “Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”. Esse devido processo do código tributário já era entendido pela doutrina da época como sendo o mesmo que o due process americano (BALEIRO, 1984, p. 351).

A Constituição de 1967 teve como traço principal “(...) a concentração do poder, tanto no sentido vertical – centralização no pacto federativo -, como no horizontal – hipertrofia do executivo.” (NETO; SARMENTO, 2016, p. 101). Apesar disso, se preocupa em manter uma aparência liberal que é refletida no amplo rol de direitos do art. 150. Desse rol, destacam-se aqui aqueles direitos previstos nos §§ 15 e 16 do art. 150, in verbis:

§ 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.

§ 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

A despeito da previsão constitucional exclusiva sobre esse ramo do direito, em 1968, José Frederico Marques defendia que o devido processo legal não seria um princípio exclusivo do processo penal, ao qual é geralmente associado, mas também deveria ser observado no âmbito do direito administrativo. Segundo sua lição, desde que a ação estatal atingisse a propriedade do administrado, seria necessário observar ao devido processo legal (FREDERICO MARQUES, 1968, p. 28-33).

Em 1969, a Junta Militar outorgou uma nova constituição sob a forma de uma emenda constitucional (Emenda Constitucional nº1) fundamentada nos Atos Institucionais de nº 5 e 16. À época, houve grande discussão se tratava-se de mera emenda ou de verdadeira nova constituição. Os defensores da segunda posição argumentam que uma emenda constitucional não poderia ter como fundamentos os AI's, mas deveria se fundamentar na própria constituição (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 208).

A despeito dessa discussão, o que não se discute é que as mudanças foram amplíssimas e a emenda constava de 201 artigos quando fora outorgada. Porém, a nível textual, as mudanças não atingiram o conteúdo do devido processo legal que já havia na Constituição de 1967.

Mas só em 1988, com a promulgação na nossa atual Constituição Federal – a Carta Cidadã –, tivemos verdadeiramente uma “tomada de consciência numa inclinação para o Estado Constitucional” (NOBRE JÚNIOR, 2016, p. 27), fazendo-se notar expressamente no texto constitucional a adoção do princípio do devido processo legal. Mais do que isso, a Constituição elenca tal princípio entre seus Direitos Fundamentais, tornando-o cláusula pétrea e insuscetível de mudança por emenda.

A Constituição Federal protege além do devido processo legal, uma série de outros direitos e garantias que o são afins, como se vê da redação do seu art. 5º:

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Apesar da previsão expressa, as dúvidas sobre o conteúdo e a extensão do devido processo legal não cessaram com a Constituição Cidadã. A mera menção a uma fórmula como *due process* não é suficiente para saber que efeitos jurídicos dela advém. Por essa razão, é necessário conjugar o desenvolvimento doutrinário, jurisprudencial e a experiência comparada para lapidar os contornos dessa importante provisão da nossa Constituição.

3. OS SENTIDOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Agora que, enfim, superamos a história do *due process of law* e sua evolução na legislação brasileira, podemos começar o estudo sobre o que se entende hoje por devido processo legal.

Conceituar é sempre tarefa problemática, pois é natural que nenhum conceito consiga abarcar em si todos e exatamente os elementos do objeto. Com o devido processo legal não é diferente, e é por isso que ao invés de dar um conceito cabal, preferimos enumerar algumas características que são indispensáveis à sua conformação no direito brasileiro.

A primeira grande característica do devido processo legal no ordenamento pátrio é a sua destacada posição constitucional. É de inegável importância que a escolha do constituinte por abarcar tal princípio no corpo de nossa constituição dá a ele extrema força normativa.

Como norma constitucional, o devido processo legal desfruta de supremacia constitucional, é uma norma de origem, a partir da qual as disposições infra legais devem se guiar e com a qual as outras normas constitucionais devem se harmonizar; é, assim, autorreferente em sua validade.

Também, como norma constitucional, a cláusula do *due process* goza de elevado grau de abstração. Isto quer dizer que a atividade interpretativa e, mais do que isso, a capacidade tópica de adequação normativa ao caso concreto são cruciais para a concretização normativa desse princípio. Há, na aplicação do seu enunciado, uma necessária escolha dentre um leque axiológico-interpretativo (REALE, 1985, p. 291-292), o devido processo legal não é um dado, mas um construído; enquanto conteúdo normativo é instituto amorfo.

Essa excessiva abstração não é, porém, desvantagem, mas sim essencial para a abertura casuística necessária ao seu conteúdo substancial (visto adiante). Já em 1951, a Suprema Corte Estadunidense adotava o mesmo entendimento, expresso no voto do Justice Felix Frankfurter em *Joint Anti-Fascist Refugee*

Committee v. McGrath (U.S. SUPREME COURT, 1951, p. 341)⁹. No caso, a corte se debruçou, em pleno clima de combate ao comunismo doméstico da Guerra Fria, sobre a polêmica Ordem Executiva nº 9835 de 1948 que criou uma lista de organizações subversivas. Competia ao Attorney General preencher a lista com as entidades que considerasse praticantes de atividades subversivas. A lista era usada amplamente por autoridades públicas, e até particulares, para intimidar e segregar essas organizações. Porém, não havia um procedimento em que se garantisse a audiência da organização acusada de subversão, muito menos previsão de recurso administrativo contra a decisão que incluísse o nome na lista.

Três organizações que tiveram seu nome incluído na lista, incluindo a Joint Anti-fascist Refugee Committee, que arrecadava dinheiro para o apoio às forças de resistência ao regime de Francisco Franco na Espanha, ajuizaram demanda contra James Howard McGrath, o então Attorney General, autoridade responsável pela inclusão dos seus nomes na lista, com o objetivo da retirada dos seus nomes e sustentando a falta de razões legítimas que justificassem sua caracterização como desleais ao país. A ação foi indeferida pela District Court e sua decisão foi mantida pela Court of Appeals. A Suprema Corte, porém, derrubou a decisão argumentando que a falta de audiência caracterizava uma violação ao direito constitucional ao Due Process, entendido aqui como uma fórmula de conteúdo aberto, permeado de historicidade, que remonta aos ideais de razoabilidade que devem reger as relações em sociedade.

Além da abstração em seu conteúdo, como norma constitucional, o devido processo legal goza de forte dimensão política, isso expresso naturalmente na sua indeterminação conceitual, que não apenas é ampla, mas é bastante politicamente volátil. O devido processo legal funciona como elemento legitimador da atividade política estatal e, como tal, limitação inerente à atividade política em suas três funções, haja vista a processualidade inata a elas.

⁹ Segue trecho do voto (p. 341): "The requirement of "due process" is not a fair-weather or timid assurance. It must be respected in periods of calm and in times of trouble; it protects aliens as well as citizens. But "due process," unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place and circumstances. Expressing, as it does in its ultimate analysis, respect enforced by law for that feeling of just treatment which has been evolved through centuries of Anglo-American constitutional history and civilization, "due process" cannot be imprisoned within the treacherous limits of any formula. Representing a profound attitude of fairness between man and man, and more particularly between the individual and government, "due process" is compounded of history, reason, the past course of decisions, and stout confidence in the strength of the democratic faith which we profess. Due process is not a mechanical instrument. It is not a yardstick. It is a process. It is a delicate process of adjustment inescapably involving the exercise of judgment by those whom the Constitution entrusted with the unfolding of the process."

Ainda, como já referido, o devido processo legal foi colocado no Título II da Constituição (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), configurando, por isso, cláusula pétrea e gozando de imutabilidade. Indo além, nos arriscamos a dizer que pelo critério da finalidade, o devido processo legal é uma garantia, não um direito, pois as garantias asseguram a existência de direitos, da mesma forma que o devido processo legal assegura o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade, a produção de provas, etc.

Como segunda característica, o devido processo legal é uma norma da espécie princípio. Isso quer dizer que, sendo um princípio, pode ser satisfeito de diversas formas, não de uma estrita maneira prevista numa hipótese fática; há graus de satisfação de um princípio a depender da conjuntura dos outros princípios aplicáveis – as condições jurídicas. Isso pode ser mais bem entendido se falarmos aqui da colisão de princípios, isto é, no caso de dois princípios serem alegados contrariamente num mesmo caso, não se trata de um problema de validade e sim de peso (ALEXY, 2011, p. 94); nenhum dos dois princípios será afastado, mas serão ponderados; ambos continuam válidos e vigentes, ambos serão aplicados naquele mesmo caso, proporcionalmente, mesmo que sejam materialmente divergentes.

O que ocorre nesses casos é que um dos princípios terá precedência em relação ao outro naquele caso concreto, mas o outro princípio também deve ser ao máximo satisfeito, isso quer dizer que os princípios estão sempre imperando – são mandamentos otimizadores -, aplicando-se e guiando todos os fatos, e em caso de conflito, ambos serão aplicados na medida de sua prevalência determinada pelas situações fáticas e jurídicas. (ALEXY, 2011, p. 93-94)

Impossível não notar o destaque do casuísmo dessa concepção. Como já dito, os princípios só funcionam segundo a singularidade dos casos concretos. Por isso, acerta Bonavides (2009, p. 426) ao dizer que a ponderação se assemelha à tópica enquanto uma *techné* do pensamento que se orienta ao problema.

Assim surge a ponderação de princípios – o princípio da proporcionalidade - como instrumento de solução do confronto de princípios num determinado caso concreto. Nas palavras claras de Barroso (2009, p. 305):

Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Considerando-se os princípios como topoi, o princípio da proporcionalidade opera no manejo desse catálogo para a obtenção de soluções sempre se guiando pelo problema, ou seja, dos fatos às normas. É nesse sentido que afirma Alexy existir uma conexão entre a teoria de princípios e o princípio da proporcionalidade, que a natureza dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e vice-versa. (ALEXY, 2000, p. 297).

Adiante veremos que o próprio devido processo legal pode atuar como critério de proporcionalidade, de maneira similar ao princípio da proporcionalidade. Nesse caso, o *due process* abandona a mera natureza principiológica e passa a ser metarregra do sistema, ou, na terminologia de Humberto Ávila (2012, p. 142-144), um postulado normativo.

Como terceira característica, destacamos a dimensão procedimental do devido processo legal, isto é dizer que o devido processo legal se preocupa com a garantia de uma série de direitos e princípios processuais relevantes. Dessa forma, o devido processo legal é o gênero do qual derivam todos os princípios processuais.

O devido processo legal abarca, assim, o princípio da legalidade procedimental, aquela ideia inicial da cláusula do *due process* em sua origem, como a garantia do procedimento previsto no direito. Desde já, cumpre dizer que a legalidade é fundamento mesmo do Estado de Direito, é a base do republicanismo e o norte maior da atividade administrativa, que encontra na lei seu fundamento de validade (JUSTEN FILHO, 2014, p. 211).

A legalidade processual não pode se resumir à mera conformidade à lei, pois o devido processo legal é, antes de legal, devido, isto é, adequado à realização dos escopos do processo. O devido processo legal só pode ser amplamente compreendido através de uma teoria valorativa guiada pela noção de justiça, podendo-se falar, então, de uma garantia de processo justo ou equitativo, ou de um “direito a um processo justo”. Nas palavras de Canotilho (2003, p. 433):

Em termos gerais - e como vem reiteradamente afirmando o Tribunal Constitucional na senda do ensinamento de Manuel de Andrade -, o direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência possibilitando, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discretar sobre o valor e resultado de causas e outras (...). Significa isto que o direito à tutela jurisdicional efectiva se concretiza fundamentalmente através de um processo jurisdicional equitativo – *due process* (...).

A lição de Canotilho nos abre os olhos para a amplitude que tem o *due process* mesmo apenas em sua dimensão processual. Nela percebemos não só o acesso à justiça, a inafastabilidade da jurisdição, mas também o contraditório e a ampla defesa.

A inafastabilidade da jurisdição é, junto com a proibição do *non liquet*, condição de fechamento operacional do direito na medida em que tornam constante a resolução de litígios intra-sistemicamente (FRAGA, 2015, p. 152). Pela inafastabilidade se entende a garantia que tem todos os cidadãos de levarem seus pleitos ao judiciário, é a garantia de jurisdição, síntese do acesso à justiça, que devemos entender aqui como o acesso a uma tutela jurisdicional que vise ao escopo maior do processo, a pacificação social com justiça (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1993, p. 120).

O princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, CF/88) não é apenas o direito de ação e a exigência do juiz natural, mas é também concretizado no próprio acesso à justiça, na ideia de um fornecimento de uma tutela jurídica qualificada, pois, como assevera Didier (2010), “o princípio da inafastabilidade garante, ainda, uma tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material.”

Não comporta o tamanho deste estudo uma análise completa de todo princípio, direito ou garantia que emana do devido processo legal em sua vertente procedimental, pois tal princípio funciona efetivamente como um holofote irradiador de diversas prerrogativas garantidoras de um processo justo e paritário, como se observa, por exemplo, do voto do Min. Celso de Mello no Mandado de Segurança 26.358-MC/DF, impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União que indeferiu em processo de Tomada de Contas Especial requerimento do impetrante para realização de prova pericial. Em seu voto, o Ministro defere a medida cautelar por reconhecer um direito constitucional à prova derivado da garantia do *due process of law*, assim como vários outros direitos que compõem seu conteúdo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007, p. 7).¹⁰

¹⁰ Trecho do voto: “O exame da garantia constitucional do “*due process of law*” permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); e (l) direito à prova.”

Há, por fim, uma quarta característica que é, em oposição à dimensão procedimental, uma dimensão substantiva do princípio do processo devido. Por dimensão substantiva, ou devido processo legal substantivo, compreende-se a visão do devido processo legal como standard de razoabilidade e proporcionalidade.

Primeiramente, importa ressaltar que essa divisão entre devido processo legal procedimental e substantivo não é uma diferença entre forma e conteúdo. Na verdade, essa é uma divisão material do due process, de maneira que todo conteúdo relativo ao procedimento, às garantias dos sujeitos do processo, aos meios de defesa, entre outras, são parte da dimensão procedimental; de outra banda, a dimensão substancial se importa com a razoabilidade daquilo que se coloca sob o crivo do princípio; um tem a ver com direito processual e outro com direito material. Como define Tavares Pereira (2007, p. 8):

A Doutrina do Devido Processo Substantivo afirma, em primeiríssimo lugar, que a clausulado devido processo não apenas impõe a observância de procedimentos retos – garante direitos procedimentais básicos – mas que também exige que o poder se contenha diante de direitos subjetivos básicos substantivos, como os direitos de liberdade de expressão e de religião, por exemplo.

O indivíduo tem o poder de possuir ou fazer certas coisas, mesmo que o desejo do Estado seja em sentido contrário. E isso exprime a ideia de substantividade.

Por exemplo, num processo administrativo para a anulação do confisco de medicamentos de uma farmácia, a questão da necessidade de defesa técnica do prejudicado é uma questão de devido processo procedimental, enquanto a discussão sobre se o confisco foi devido quando a simples multa, medida menos gravosa, era possível ao administrador, é uma questão de devido processo substantivo.

A Suprema Corte Estadunidense, costumava entender o devido processo legal em seus primórdios de uma forma restritiva, conforme a tradição da Magna Carta, isso é, como uma garantia do procedimento normativamente previsto (WOLFE, 1991, p. 183 – 193). Essa concepção começou a mudar a partir do caso *Calder v. Bull*, de 1798, ocasião em que a corte decidira que atos normativos, tanto legislativos quanto administrativos, que ofendesse direitos fundamentais, ofenderiam também o due process (substantivo), devendo ser pronunciados nulos (DAMACÊNO, 2007, p. 71).

O caso que sedimentou clara e firmemente o entendimento na Suprema Corte, porém, foi o *Lochner v. New York de 1905*. No caso, um empregador havia sido condenado por ter agido contrariamente a uma lei nova-iorquina que limitava o tempo de trabalho semanal dos empregados. *Lochner* havia aceitado

que um empregado trabalhasse como padeiro mais de sessenta horas semanais, o que não era permitido pela lei. A lei não permitia que o padeiro trabalhasse mais de dez horas diárias. Na decisão, a corte reconheceu que a lei afetava a liberdade do empregador e do empregado e que, por força da emenda XIV, deveria observar o *due process*.

Em apertada síntese, a corte entendeu que existe um espaço para interferência estatal por meio da lei quando essa lei vise a proteger um bem jurídico equivalente ou maior (vida, saúde, etc.) e que, invariavelmente, sempre haverá a questão sobre o que deverá prevalecer, o direito de liberdade contratual e de trabalho, ou o direito de regulação estatal. Esse exercício de determinação do peso de cada direito em choque a corte chamou de devido processo legal, observar o *due process* é ter uma justificativa de peso para uma restrição à vida, liberdade ou propriedade para que ela seja válida. Há sempre um limite para ação estatal, e, na concepção da decisão, esse limite é representado pelo *due process*. A corte analisou que o escopo da lei era a proteção à saúde dos padeiros, mas que essa justificativa não se sustentava, pois não havia indícios estatísticos de que um padeiro sofresse demasiado dano à saúde trabalhando mais de dez horas diárias a ponto de se restringir sua chance de ganhar mais dinheiro, o que levou a corte a concluir que (U.S. SUPREME COURT, 1905, p. 198):

(...) o limite do poder de polícia foi atingido e ultrapassado no caso. Não há, no nosso julgamento, fundamento razoável para afirmar que isso é necessário ou adequado como uma lei de proteção à saúde pública, ou à saúde dos indivíduos na atividade de panificação. (...) É preciso mais do que o mero fato da possível existência de uma pequena insalubridade para garantir a interferência legislativa na liberdade.¹¹

Essa dimensão substantiva do *due process* desenvolvida na jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, que o caracteriza como essência da legalidade dos comandos do poder público, aproxima-se bastante dos hoje tão correntes princípios da razoabilidade e da proporcionalidade¹². Luís Roberto Barroso, que identifica razoabilidade e proporcionalidade como sinônimos (diferindo,

¹¹ Tradução própria do original: “We think the limit of the police power has been reached and passed in this case. There is, in our judgment, no reasonable foundation for holding this to be necessary or appropriate as a health law to safeguard the public health or the health of the individuals who are following the trade of a baker. (...) There must be more than the mere fact of the possible existence of some small amount of unhealthiness to warrant legislative interference with liberty.”

¹² Assim explica Caio Tácito (1996, p. 2) em conferência proferida no Conselho Técnico da Conferência Nacional do Comércio: “A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana construiu, para a contenção de abusos desta natureza, o requisito do *due process of law*, o devido processo legal, como essência da legalidade

apenas, na origem), afirma mesmo que a razoabilidade tem seus fundamentos e sua origem no devido processo legal substantivo, na sucessão de precedentes na história constitucional norte-americana (BARROSO, 2010, p. 305).

O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu essa aproximação entre devido processo legal substancial e proporcionalidade na aferição da constitucionalidade de atos normativos. No RE 374.981, que versa sobre a constitucionalidade de sanções políticas previstas em lei para forçar o pagamento de tributos por contribuintes inadimplentes, a conhecida coerção indireta, o relator Min. Celso de Mello proferiu elucidativo voto decidindo pela inconstitucionalidade das sanções e fundamentando-se na vedação aos excessos legislativos trazida igualmente pelo *due process* e pela proporcionalidade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2005)¹³.

Em suma, a dimensão substantiva do *due process* é um mecanismo de combate ao abuso de poder, uma garantia do cidadão contra o arbítrio estatal,

dos comandos da autoridade. (...) Foi, sobretudo, na avaliação da legitimidade da intervenção do poder público no domínio econômico e social, que se aplicou o teste de racionalidade (*rationality test*) e, a seguir, o padrão de razoabilidade (*reasonableness standard*) como aferição da legalidade da legislação. (...) Em várias outras decisões equivalentes, a Corte Suprema, conforme esclarecem ROTUNDA, NOWAK e YOUNG, consagrou o entendimento de que 'uma lei que nega benefícios a novos residentes meramente para dar preferência aos antigos residentes não sobreviverá ao teste de racionalidade, porque o desejo de discriminar não é um interesse legítimo e, portanto, esta lei não terá uma relação racional com um legítimo objetivo governamental'. (...) Em sentido equivalente, o direito alemão adotou o princípio da proporcionalidade, ou o princípio da proibição de excesso, conferindo-lhe a natureza de norma constitucional não escrita, que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais."

¹³ Ementa:

SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTO (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF). RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA. LIMITAÇÕES ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO "SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW". IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO (RTJ 160/140-141 - RTJ 173/807-808 - RTJ 178/22-24). O PODER DE TRIBUTAR - QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE - "NÃO PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR" (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132). A PRERROGATIVA ESTATAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉRCIO E DE INDÚSTRIA DO CONTRIBUINTE. A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, DO "ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE". DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

impedindo que o Estado atue fora dos limites que foram colimados a ele pela ordem constitucional. O Estado deve atuar com equilíbrio, sem excessos, razoável e proporcionalmente (CARVALHO FILHO, 2016, p. 44).

4. CONCLUSÃO

O devido processo legal nasce com a Carta Magna de 1215, originalmente como o direito da terra, preocupado com a segurança jurídica e a manutenção das leis criadas pelos reis ingleses que se sucediam. *O due process* se manifestou, de uma ou outra maneira, formal ou materialmente, em cada Constituição que fez a história do Estado brasileiro, e especialmente na Constituição Cidadã de 1988, que o cristalizou como cláusula pétreia.

Assim, em nosso ordenamento jurídico o devido processo legal é um princípio constitucional. Como princípio tem fórmula fluida, é mandado de otimização sujeito a circunstâncias fáticas e jurídicas. E como cláusula pétreia constitucional goza da imutabilidade própria das normas de sua importância, além da supralegalidade que o posiciona no vértice do nosso ordenamento jurídico.

Ainda, o devido processo legal possui duas dimensões igualmente importantes ao nosso direito. Pela sua dimensão substancial, o *due process* é postulado normativo de caráter cogente, que guia e limita a atuação do Estado com seus parâmetros de razoabilidade tão bem desenvolvidos na jurisprudência da Suprema Corte Americana em torno da Emenda XIV. Na dimensão procedimental, é norma que baliza a processualidade estatal garantindo um processo justo, com paridade de armas para os interessados e efetiva participação e cooperação.

Conclui-se, então, que o devido processo legal funciona de forma ampla como parâmetro de legitimidade da ação estatal, pois o Estado sempre manifesta sua vontade soberana através de um processo (legislativo, judicial ou administrativo) que, de maneira ideal, deve ser justo ao possibilitar: 1) a previsão de um encadeamento de atos para a realização de determinado fim, de maneira a gerar segurança jurídica; 2) Em regra, a participação de mais de um sujeito para a formação final do ato; 3) A produção de resultado unitário com base dialógica cidadã; 4) disciplinamento de controle para a contenção dos abusos de poder e desvios de finalidade (SANTOS, 2012, p. 85).

O princípio do devido processo legal atua como ampla garantia desses elementos, criando um sentimento de aceitação das decisões estatais, pois opera como um meio aplacador da incerteza da decisão, garantindo segurança jurídica e legitimidade para as manifestações estatais (LUHMANN, 1983, p. 232).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. vol. 13, n. 3. Ratio Juris, 2000.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AQUINO, Rubim Santo Leão; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos; FRANCO, Denize de Azevedo. História das Sociedades – Das comunidades primitivas às sociedades medievais. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2003.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª edição. São Paulo, Malheiros, 2009.

BRITISH LIBRARY. English Translation of Magna Carta. Disponível em: < <https://www.bl.uk/magna-carta/articles/magna-carta-english-translation>>. Acesso em: 16 de dezembro de 2016.

BYRD, Sharon. Einführung in die Anglo-Amerikanische Rechtssprache – Band I. 3ª ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30ª edição comemorativa. São Paulo: Atlas, 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DAMACÊNO, Régina Mágnia Barreto. O devido processo legal e sua realização no processo administrativo [Dissertação de Mestrado]. Osasco: UNIFIEO, 2007.

DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”. Revista Forense, v. 116, 1948.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil – vol. 1 - introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. Associação Brasileira de Direito Processual, 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5806-sobre-dois-importantes-e-esquecidos-principios-do-processo-adequacao-e-adaptabilidade-do-procedimento>> Acesso em: 30 de novembro de 2017

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. Revista de Direito Administrativo, 209. Rio de Janeiro, 1997.

FRAGA, Vitor Galvão. O direito, essa minha nuvem negra – breve reflexão sobre o âmbito infinito de incidência. In VIANA, Raphael Fraemam Braga (org.). Reflexões do Direito Civil – teoria geral do direito privado. Recife: Bagaço, 2015.

FREDERICO MARQUES, José. A garantia do “due process of law” no direito tributário. Revista de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 5, jul./set. 1968.

HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JUROW, Keith. Untimely thoughts: a reconsideration of the origins of due process of law. The American Journal of Legal History, vol. 19, n. 4, outubro de 1975.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: RT, 2014.

LUHMANN, Niklas. Legitimation durch Verfahren. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.

MCKECHNIE, William Sharp. Magna Carta – a commentary on the great charter of King John. 2ª ed. Glasgow: James Maclehose and Sons, 1914.

NERY JR., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Desapropriação, interesse público e controle judicial. Interesse Público (Impresso), v. 96, 2016.

OGDEN, Lucas Kent. *Uniting the states – a commentary on the American Constitution*. 3ª ed. Norderstedt: BoD, 2015.

PEREIRA, Sebastião Tavares. *Devido Processo Substantivo*. Revista Eletrônica Direito e Política, v. 2, n. 3, 2007.

PEREIRA, Sebastião Tavares. *Devido Processo Substantivo*. Revista Eletrônica Direito e Política, v. 2, n. 3, 2007.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Evolução Histórica do Devido Processo Legal*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 46, n. 0., 2007.

REALE, Miguel. *Licções preliminares de direito*. 12ª edição revisada. São Paulo: Saraiva, 1985.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional americano*, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

SANTOS, Marcos André Couto. *O processo administrativo e as reformas processuais no Brasil – a litigância em face do poder público*. Revista dialética de direito processual, vol. 110. São Paulo: 2012.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

SMITH, George P. *Marbury v. Madison, Lord Coke And Dr. Bonham: Relics Of The Past, Guidelines For The Present-Judicial Review In Transition?* University of Puget Sound Law Review, v. 2, 1979.

STUBBS, William. *Germany in the early middle ages, 476-1250*. Londres: Longmans, Green, and Co., 1908.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 26.358-MC/DF. Relator Min. Celso de Mello. 27 de fevereiro de 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. RE 374981/RS. Rel. Min Celso de Mello, DJ 28/03/2005.

TÁCITO, Caio. *A razoabilidade das leis*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: 1996.

U.S. SUPREME COURT. *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*. 32 U.S. 243. 1833.

U.S. SUPREME COURT. *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*. 341 U.S. 123. 1951.

U.S. SUPREME COURT. *Lochner v. New York*. 198 U.S. 45.1905.

WASSERMAN, Rhonda. *Procedural Due Process – a reference guide to the United States Constitution*. Connecticut: Greenwood, 2004.

WOLFE, Christopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Madri: Editorial Civitas, 1991.