

## Introdução

O Devido Processo Legal constitui-se em instituto jurídico que está prestes a completar oitocentos anos de história, mas que, pela primeira vez, encontrou afirmação em um texto constitucional no direito brasileiro. Com efeito, muito embora todas as constituições pretéritas tenham proclamado direitos e garantias que geralmente são associados ao devido processo legal, o constituinte do atual diploma fez questão de positivá-lo objetivamente no texto promulgado em 5 de outubro de 1988.

Trata-se de uma das mais importantes manifestações contidas na Constituição Federal de 1988, que tem na garantia dos direitos fundamentais uma de suas características principais. Ao longo de sua história, o devido processo sempre foi entendido como instrumento de contenção do arbítrio estatal. Assim, em um Estado que se afirma como democrático e de direito, parece certo, em primeira análise, que o devido processo legal tem um importante papel a cumprir. Ou seja, servir de instrumento à limitação do Estado, especialmente quando estão em jogo direitos e garantias fundamentais.

Podemos dizer que esse é um ponto de partida seguro para a análise que se pretende fazer no presente trabalho. Porém, limitar o objeto a ser examinado à imposição de limites ao Estado, ainda que não seja pouco, significa deixar de explorar todas as possibilidades normativas do *due process of law*. Os direitos fundamentais, nos dias de hoje, não mais se resumem a direitos de resistência em face do Leviatã, que exigem do Estado

restrições ao seu comportamento, salvo expressa autorização jurídica em sentido contrário. Com efeito, mesmo os direitos considerados como de primeira geração exigem do Estado não apenas posturas negativas como igualmente positivas. Por exemplo, segurança pública e amplo acesso à Justiça exigem cada vez mais investimentos, que estão a dividir verbas orçamentárias com a promoção de outros direitos assumidos pelo Estado, especialmente no decorrer do século XX, com o surgimento do “*Welfare State*”, o Estado de Bem-Estar Social<sup>1</sup>.

LUIS ROBERTO BARROSO, com apoio em NORBERT REICH, identifica três fases distintas na evolução do Estado, ao longo do século passado<sup>2</sup>. A primeira delas diz respeito à *pré-modernidade*, e está referida ao Estado Liberal, da virada do século XIX para o século XX, caracterizado pela proteção dos direitos dos indivíduos em face do Poder Público. “*Estes direitos, em sua expressão econômica mais nítida, traduziam-se na liberdade de contrato, na propriedade privada e na livre iniciativa*”<sup>3</sup>.

A segunda fase diz respeito à *modernidade*, identificada com o Estado de Bem-Estar Social. “*O Estado assume diretamente alguns papéis econômicos, tanto como condutor do desenvolvimento como outros de cunho distributivista, destinados a atenuar certas distorções do mercado e a amparar os contingentes que ficavam à margem do processo econômico*”<sup>4</sup>.

A terceira fase está referida à *pós-modernidade*, na qual o Estado se encontra sob forte crítica. Sua imagem está relacionada com a idéia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção. No que diz respeito ao cenário econômico, o autor assinala que: “*...o Estado perdeu o charme redentor, passando-se a encarar com ceticismo o seu potencial como instrumento do progresso e da transformação. O discurso*

---

<sup>1</sup> Neste sentido, confira-se o artigo de FLÁVIA PIOVESAN: Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, in Ingo Volfgang Sarlet (org.), **Direitos Fundamentais Sociais**, p. 233-261.

<sup>2</sup> Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática, in Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Coord.) **Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo**, p. 160.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> *Idem*.

*deste novo tempo é o da desregulamentação, da privatização e das organizações não-governamentais*<sup>5</sup>.

Como bem explica MARÇAL JUSTEN FILHO, o Estado de Bem-Estar proporcionou uma série de benefícios, tais como o aumento da qualidade de vida, a elevação radical da expectativa de vida-média da população. “*Nunca na história se ofertaram benefícios em termos tão democráticos: saneamento, educação, assistência, previdência foram assegurados para todos os cidadãos, em condições de igualdade (ao menos formal)*”<sup>6</sup>. Porém, os custos financeiros para a manutenção dos benefícios do Estado de Bem-Estar constituiriam um dos fatores que redundaram no fenômeno que se denominou de “crise fiscal”.

A expressão passou a ser utilizada para indicar a situação de insolvência governamental, inviabilizadora do cumprimento das obrigações assumidas e do desenvolvimento de projetos mais ambiciosos. (...) A crise fiscal significou não apenas a suspensão de novos e ambiciosos projetos relacionados ao bem comum como também limitações muito mais imediatas. Não mais existiam recursos para manter as conquistas anteriores, os serviços já consolidados, as indústrias vitoriosas. Instaurou-se situação de deterioração dos serviços e estruturas estatais.<sup>7</sup>

“*Não se deve encobrir, artificialmente, a circunstância de que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno*”, adverte, ainda, LUIS ROBERTO BARROSO<sup>8</sup>. Concordando com sua análise, o Brasil realmente nunca chegou a ser liberal, não usufruiu dos benefícios proporcionados pelo Estado de Bem-Estar Social em outros países, sobretudo no continente europeu, e agora se depara com a “exigência” de que o Estado não mais atue, de forma direta, no cenário econômico.

É o país dos paradoxos. É o país onde, em determinados espaços, convivem a pré-modernidade, a modernidade e a pós-modernidade. “*Tudo ao mesmo tempo agora*”, diria ARNALDO ANTUNES em boa síntese da pós-modernidade.

---

<sup>5</sup> *Agências...*, *op. cit.*, p. 160-161.

<sup>6</sup> *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, p. 18.

<sup>7</sup> *Ibidem.* p. 19.

<sup>8</sup> *Agências...*, *op. cit.*, p. 161.

Vejam-se, ainda, os fenômenos verificados por HASSEMER, no que tange à Alemanha, que podem ser igualmente verificados na sociedade brasileira. Refere-se o autor, em primeiro lugar, à **erosão de normas**: “...as normas sociais, as normas da vida de todos os dias, que são normas escritas, estão expostas à erosão, isto é, desaparecem, perdem a eficácia”<sup>9</sup>; bem como à **sociedade de risco**: “...a população das cidades ocidentais encontra-se perante grandes riscos, como sejam, graves abusos, destruição do ambiente ao nível internacional, riscos monetários, colapso económico, criminalidade organizada, corrupção, terrorismo”<sup>10</sup>.

Esses fatores, de acordo com o autor, expõem o Estado a fortes pressões externas, no sentido de legislar de forma agravada, tanto no campo do Direito Penal, privilegiando a criação de tipos de perigo abstrato, como no campo do Direito Processual Penal, com a regulamentação de instrumentos processuais que se concentram na fase de investigação, tais como escutas telefônicas, ambientais e quebra de sigilo de dados<sup>11</sup>.

É nesse cenário político, econômico e social que o Estado brasileiro se encontra inserido. De um lado, as demandas relativas à efetividade dos direitos fundamentais e a crítica decorrente da ineficiência do aparelho estatal para dar-lhes resposta. De outro lado, o Estado encontra-se sob forte pressão da mídia, do discurso *lei e ordem*, no sentido de dar resposta eficiente ao sentimento de falta de segurança e erosão normativa.

Esse estado de coisas foi muito bem captado, entre nós, por ANA PAULA DE BARCELLOS, ao analisar a dramática realidade social brasileira, de um lado, e a efetividade – em xeque – do texto constitucional. Nas palavras da autora, trata-se do “...confronto, por vezes ameaçador, entre fatos e Direito Constitucional. O contraste da realidade com as pretensões normativas da Carta de 1988 se mostrou tão chocante em determinados momentos que pareceu veicular, afora muitas outras mensagens, uma provocação debochada dirigida aos juristas”<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Processo Penal e Direitos Fundamentais, in Maria Fernanda Palma (Coord.) **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**, p. 19.

<sup>10</sup> *Ibidem.*, p. 20

<sup>11</sup> *Ibidem.*, p. 20-21

<sup>12</sup> O Direito Constitucional em 2006. **Revista de Direito do Estado** nº 5, p. 6.

Diante desse quadro, legisla-se mal e casuisticamente, exige-se dos juízes uma postura repressora e moralizante. A garantia de direitos cede espaço em favor de um suposto e indefinido interesse público, cujo conteúdo é manipulado ao sabor de conveniências pessoais e de ocasião. Organiza-se, em alguns setores, uma política de repressão utilitarista, norteadas pelos resultados, que deixa em segundo plano a observância das disposições jurídicas que deveriam orientá-la.

Trata-se, portanto, de tentativas de respostas imediatas, de duvidosa racionalidade, que se operam em detrimento dos direitos fundamentais que, paradoxalmente, deveriam servir de proteção para a própria sociedade. Em última análise, o Estado encontra-se, ele mesmo, sujeitado em uma relação de poder em que dificilmente se identifica, com precisão, aquele que está em posição de exercer esse poder.

Assim, a interpretação do devido processo legal tem a sua importância renovada, de modo que possa servir de instrumento de defesa contra os efeitos das pressões exercidas sobre a estrutura do Estado.

O presente trabalho tem por escopo, portanto, situar o devido processo no espaço do Estado Democrático de Direito que, por sua vez, exige o exercício legítimo do poder. Não se pretende buscar ou oferecer uma definição, mas indicar elementos que possibilitem entender essa importante norma da Constituição, especialmente no que diz respeito ao modo como se dá o seu relacionamento com os demais dispositivos do texto constitucional.

O trabalho está dividido em cinco capítulos.

A pretexto de indicar os primeiros elementos que permitam a compreensão do devido processo legal, o primeiro capítulo trata do exame dos marcos doutrinários históricos mais significativos, destacando a sua origem e desenvolvimento no direito inglês e a sua recepção e evolução no direito norte-americano.

No segundo capítulo, entra em cena a tradicional distinção entre devido processo substantivo e adjetivo, indicando-se elementos que permitem repensar essa classificação, especialmente no contexto do Estado Democrático de Direito.

O terceiro capítulo examina as características do Estado Democrático de Direito. Para tanto, realizou-se a sua comparação com o modelo de organização política que o antecedeu, isto é, o Estado de Direito do Século XIX, especialmente no que diz respeito aos Princípios da Supremacia da Lei e da Supremacia da Constituição, que representam os marcos mais significativos dessas manifestações.

A partir da distinção entre princípios e regras, o quarto capítulo procurou classificar o devido processo em uma dessas duas categorias, para depois expor as possíveis formas de relacionamento com as demais normas constitucionais.

Por fim, o quinto capítulo discorre efetivamente sobre as relações entre o Devido Processo Legal e alguns princípios e regras constitucionais, buscando-se verificar a forma como é possível articular essa cláusula com as demais disposições constitucionais e que desdobramentos se afiguram possíveis.

Cabe, por derradeiro, uma advertência metodológica. Todas as citações cujo original se encontra em língua estrangeira foram por nós traduzidas livremente. Optou-se, no entanto, algumas vezes, por deixá-las no idioma original, no texto, a fim de que a tradução não lhes retirasse a eloquência e o colorido impressos pelo seu autor, sem prejuízo da tradução em nota de rodapé.

## Capítulo 1

### Devido Processo Legal: origem e desenvolvimento nos países da *common law*

#### 1.1. Introdução

Tratando-se de instituto que está prestes a completar oitocentos anos de história, parece-nos importante passar os olhos sobre as origens e sobre o desenvolvimento do Devido Processo Legal nos países em que ele se originou.

A análise das origens e da “evolução histórica” é regularmente utilizada pela doutrina para estabelecer a **distinção** entre os aspectos substantivo e procedimental do devido processo legal. A partir da explicação dos marcos históricos mais significativos – notadamente a **Magna Carta** com suas posteriores ratificações e a Constituição dos Estados Unidos e suas Emendas – procura-se identificar elementos que apontam para um ou outro aspecto do devido processo.

Assim, não é difícil encontrarmos citações no sentido de que o instituto, na sua origem, teria nítido caráter procedimental, ou, ainda, no sentido de que seria evidente, também, a presença de um caráter substantivo.

O problema parece residir na dificuldade inerente a toda análise histórica, especialmente quando a sua realização se dá no contexto de outras disciplinas, tal como o Direito, mas fora de uma perspectiva específica da

História do Direito. Isto é, não como objetivo específico da pesquisa, mas como instrumento de investigação incidental a um outro tema qualquer.

De outro lado, é importante frisar, desde logo, que a tentativa de resumir quase oitocentos anos de história em algumas páginas não nos parece ser a melhor das opções. Desconsiderar as linhas de continuidade e descontinuidade da história, reportando-se indiscriminadamente a documentos que se encontram separados entre si por dezenas de anos ou até mesmo por alguns séculos, afigura-se uma temeridade, para dizer o mínimo.

De todo modo, o olhar sobre os marcos doutrinários históricos mais significativos é indispensável a fim de que se possa fazer uma primeira aproximação do tema objeto do presente trabalho.

## **1.2 “Evolução histórica” do devido processo: da Magna Carta ao direito norte-americano**

### **1.2.1 A Magna Carta e suas confirmações**

Existe razoável consenso no sentido de que a Magna Carta pode ser considerada como o ponto inicial do desenvolvimento histórico do devido processo legal. Se não se trata da primeira manifestação, onde o princípio poderia vir a ser deduzido, fato é que se trata de documento a que se reporta a grande maioria dos textos que se lhe seguiram durante vários séculos, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos. Daí a sua indiscutível importância<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Veja-se, porém, a importante narrativa de RUISTEMBERG NUNES PEREIRA, com apoio em WILLIAM STUBBS, no sentido de demonstrar que a origem da cláusula do Devido Processo Legal poderia ser encontrada na Alemanha medieval, com a proclamação do **Edito de Conrado II**, em 1037: “*Segundo a primeira ordenança do Imperador, nenhum homem seria privado de um feudo sob o domínio do Imperador ou de um senhor feudal (mesne lord), senão pelas leis do Império (laws of empire) e pelo julgamento de seus pares (judgment of his peers), expressões que, reitere-se, foram escritas em 1037, e que, segundo STUBBS, foram simplesmente copiadas na Magna Carta Inglesa de 1215...*” – **O Devido Processo Legal Substantivo**, p. 20.



O Artigo 39, “*coração da Magna Carta*”, na feliz expressão de FÁBIO KONDER COMPARATO, teve a seguinte redação<sup>14</sup>:

39. Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (disseisiatur), banido (utlagetur) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (destruatur), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre).<sup>15</sup>

Autores há como FRANK STRONG, que não vacilam em assinalar, nesse dispositivo, a presença de um **caráter substantivo** do devido processo. Com apoio em McKECHNIE, esse autor considera que a leitura conjunta dos artigos 39 e 52 da *Magna Charta Libertatis* não deixa dúvidas de que os direitos objeto de proteção eram direitos de propriedade<sup>16</sup>:

52. Se alguém foi por nós desapossado ou expulso de suas terras, castelos, franquias ou direitos sem o julgamento de seus pares, nós lhos restituiremos imediatamente; e se uma disputa levantar-se quanto a isto, que ela seja resolvida pelo juízo dos vinte e cinco barões abaixo nomeados para assegurar a paz.<sup>17</sup>

Valendo-se da análise de outros autores – tais como HOLDSWORTH, CHARLES McILWAIN e GOODHART e POWPIKE<sup>18</sup> – STRONG observa que o texto dos artigos 39 e 52 da Magna Carta não podem ser interpretados literalmente. A referência a um julgamento “*pelos pares*” não significaria uma expressa referência ao julgamento pelo Júri, instituto que se encontrava

---

<sup>14</sup> **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 3.ed., p. 80. No original latino: *Nullus líber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de libero tenemento suo vel libertatis, vel liberis consuetudibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eo ibimus, nec supere um mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae.*

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 83. A tradução do texto da Magna Carta para a língua inglesa e para o Português é, em si, motivo de controvérsia. Sobre a divergência existente em nossa língua, veja-se RUITEMBERG NUNES PEREIRA, **O Princípio...**, *op. cit.*, p. 47.

<sup>16</sup> **Substantive Due Process of Law: A Dichotomy of Sense and Nonsense**, p. 4-5. No original inglês: “*If any one has been dispossed or removed by us, without the legal judgement his peers, from his lands, castles, franchises, or from his right, we will immediately restore them to him; and if a dispute arise over this it be decided by the five-and-twenty barons of whom mention is made below in the clause for securing the peace*”.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>18</sup> Pela ordem: W. HOLSWORTH, **A History of English Law 215.**; CHARLES McILWAIN, **Due Process of Law in Magna Carta**; A. L. GOODHART, Law of the Land 3, *in Magna Carta Essays*; F. M. POWPIKE, Par Judicium Parium vel per Legem Terrae, **Magna Carta Essays**.

ainda nos seus estágios iniciais, sendo que o *Habeas Corpus* sequer havia sido imaginado. O que claramente se deduz, segundo o autor, é uma especial preocupação contra o **juízo arbitrário**, não como apelo a um determinado procedimento mas como **medida de justiça**. De outro lado, restaria evidente a ênfase sobre os **direitos de propriedade**, levando-se em conta o número de dispositivos voltados para a sua proteção em comparação com os dispositivos dirigidos à tutela do direito de liberdade<sup>19</sup>.

Não obstante esses indicativos, STRONG chama atenção para o fato de que muitos constitucionalistas entendem que o intento original do artigo 39 da Magna Carta era o de prover uma **proteção de caráter procedimental**. Esse entendimento decorre, segundo o autor, das cláusulas previstas na parte final do referido capítulo: “...*except/unless by the lawful judgement of his peers and/or by the law of the land*”<sup>20</sup>.

As **diferentes visões** existentes sobre a Magna Carta, especialmente no que diz respeito ao seu artigo 39, podem ser verificadas também na exposição realizada por EDWARD KEYNES<sup>21</sup>. Em torno de 1791, **comentaristas ingleses** viam, no artigo 39 e nas suas várias confirmações, uma evidente **limitação à Coroa**, ao passo que **comentaristas americanos** o entendiam como uma verdadeira **limitação à ação do legislador**.

Seguindo ainda os passos de KEYNES, é possível constatar a **ambigüidade** de significados do texto em discussão. Assevera o autor que a última frase do artigo 39 da Magna Carta – “*by the law of the land*” – pode ser interpretado tanto no sentido de **uma restrição ao exercício arbitrário do poder por parte do rei** como **garantia de um procedimento judicial**

---

<sup>19</sup> **Substantive...**, *op. cit.*, p. 5-7. O trabalho de Strong está dedicado a demonstrar a evolução histórica do devido processo no seu aspecto substantivo, na Inglaterra e nos Estados Unidos, ressaltando a sua aplicação no âmbito das relações econômicas. A importância da Magna Carta pode ser avaliada, ainda, sob o prisma da **legitimidade do governo**. Ainda que se tratasse de um pacto entre a nobreza, entre os Barões e o Rei João Sem Terra, a ratificação da Magna Carta pelos monarcas que o sucederam era reconhecida como sinal de que o monarca estaria subordinado àquelas regras. Numerosas foram as ratificações da Magna Carta, sendo que apenas na contagem de Lord Coke o número passaria de trinta. EDWARD KEYNES – **Liberty, Property and Privacy**, p. 12 –, por sua vez, assevera que somente entre os reinados de Eduardo III e Henrique V, 1413-1422, a Magna Carta recebeu aproximadamente quarenta e uma confirmações.

<sup>20</sup> **Substantive...**, *op. cit.*, p. 5. “...senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”.

<sup>21</sup> **Liberty...**, *op. cit.*, p. 10-15.

**justo**<sup>22</sup>. Ao tratar das confirmações da Magna Carta realizadas sob o reinado de Eduardo III, 1327-1377, KEYNES explica que duas das quinze ratificações ocorridas durante esse período reforçariam esse **caráter ambíguo** do citado Capítulo 39.

Em uma primeira confirmação, ocorrida em 1351, a ênfase estaria sobre o caráter procedimental do instituto. Em uma segunda confirmação, ocorrida em 1354, a expressão “...by the law of the land” é substituída por “due process of law”, expressões que, durante esse período, eram utilizadas de modo indistinto<sup>23</sup>. KEYNES assinala ainda que, não obstante as confirmações da Magna Carta, ocorridas durante o reinado de Eduardo III, terem se reportado especialmente aos procedimentos judiciais, o objetivo primeiro do Parlamento era o de estabelecer **limites à atuação do rei** no que diz respeito aos direitos à vida, à liberdade e à propriedade<sup>24</sup>.

A exposição de KEYNES é rica em exemplos que permitem concluir em favor do **caráter ambíguo** do significado da expressão “...by the law of the land”, contida no artigo 39 da Magna Carta. Entre os Séculos XV e XVII, não teria havido uma única referência à *Grande Carta*, mesmo com a edição de quatro Estatutos do Reino, durante esse período, o que somente voltou a ocorrer por ocasião das disputas entre o Parlamento e a *Casa dos Stuart*. Durante o Século XVII, **as garantias presentes no artigo 39 foram invocadas tanto como proteção relativa a procedimentos judiciais quanto como direitos de caráter substantivo**<sup>25</sup>.

Em sua análise sobre esse período, KEYNES traz à baila o pensamento de Lorde COKE e de BLACKSTONE. Dois autores cuja importância e autoridade estão imunes à disputa.

---

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>23</sup> No mesmo sentido, RODNEY L. MOTT – **Due Process of Law**, p. 4-5 – assevera que é no contexto dessas várias confirmações que a expressão “...by the law of the land” se vê substituída pela expressão “due process of law”. Segundo esse renomado autor, o contexto no qual essa frase é encontrada é similar àquele presente no artigo 29 da Magna Carta, tal qual ele se encontrava transcrito nesse estatuto por Henrique III. A idéia de que as expressões “...by the law of the land” e “due process of law” poderiam ser consideradas como sinônimas ganha peso, especialmente com a autoridade da doutrina de Edward Coke, que vem a dar suporte a esse entendimento. Ainda segundo o autor, trata-se de interpretação geralmente aceita, sendo inclusive considerada atualmente como Direito nos Estados Unidos da América.

<sup>24</sup> **Liberty...**, *ob. cit.*, p. 11-12.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 12.

Para COKE, as garantias ora em discussão representavam tanto uma proteção relativa a procedimentos judiciais como uma **limitação à autoridade do rei**, seja no que se refere à sua “**competência legislativa**”, seja no que tange à sua “**competência executiva**”<sup>26</sup>.

Já para BLACKSTONE, o artigo 39 da Magna carta estaria identificado tanto com **procedimentos judiciais** como com **regras substantivas da common law**, dirigidas à proteção da propriedade e da segurança pessoal. Segundo KEYNES, não obstante o foco de BLACKSTONE estivesse sobre a proteção em procedimentos criminais e civis, ele se utilizava das expressões “*due process*” e “*law of the land*” como **limites sobre os arbítrios do governo**<sup>27</sup>.

RODNEY MOTT traça outras importantes considerações sobre o tema. Dentre os muitos aspectos excelentemente considerados por esse autor, destaca-se a referência de que expressão “...*by the law of the land*”, contida no Capítulo daquele documento histórico, é atualmente considerada como sendo equivalente à idéia de **legalidade**.

Trata-se efetivamente da recondução da expressão *per legem terrae* ao princípio da legalidade. MOTT assinala que, por ocasião da edição da Magna Carta, **as idéias de processo e de procedimentos ainda eram muito fluidas**. De outro lado, os barões ingleses não detinham conhecimento jurídico suficiente. Assim, segundo MOTT, “...*parece muito duvidoso que eles estivessem pensando em alguma forma especial de procedimento*”<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 12-13. Nesse ponto, veja-se a advertência de RODNEY L. MOTT – **Due Process...**, *op. cit.*, p. 42 – no sentido de que tanto nas comunidades primitivas como no período medieval, a distinção moderna entre as funções executiva e legislativa de governo não estavam desenvolvidas, sendo que ambos esses *poderes* se confundiam e encontravam-se concentrados nas mãos do monarca.

<sup>27</sup> **Liberty...**, *op. cit.*, p. 14.

<sup>28</sup> **Due Process...**, *op. cit.*, p. 34. Sobre o tema, vejam-se as considerações feitas por JOSÉ ROBERTO VIEIRA, que identifica na Magna Carta, e especialmente nos seus artigos XII e XIV, uma manifestação clara do Princípio da Legalidade. Mais precisamente, da Legalidade Tributária: “*Insistem, contudo, os autores em destacar a Magna Carta, muito provavelmente pelas suas características de generalidade e abstração, que a tornavam potencialmente aplicável a todas as situações que envolviam tributos, no que se distinguiu nitidamente dos documentos medievais típicos, voltados para situações específicas e concretas, às quais eram aplicáveis em caráter exclusivo. À natureza contratual destes contrapôs-se a natureza legal daquela. Senão, vejamos o texto do seu artigo XII: Nenhuma taxa ou auxílio será imposto em nosso reino, a não ser pelo conselho comum do reino, exceto para o resgate da nossa pessoa, para armar cavaleiro nosso*”

Outro ponto importante, na análise de MOTT, diz respeito à consideração de que a Magna Carta passou a ser utilizada como parâmetro para a avaliação dos estatutos subseqüentes, tema que comporta uma análise um pouco mais detida. Como veremos no tópico seguinte, essa idéia passa pela concepção da Magna Carta como *fundamental law*, sendo que a validade dos estatutos legislativos ou dos atos executivos estaria sujeita à verificação da conformidade entre o seu conteúdo e os dizeres da Grande Carta, especialmente no que tange ao seu artigo 39<sup>29</sup>. Essa concepção, por sua vez, ainda que não tenha criado raízes profundas no direito inglês, veio a influenciar decisivamente o direito norte-americano, notadamente no que diz respeito à criação e ao desenvolvimento do controle de constitucionalidade dos atos legislativos, “*judicial review*”, assim como no que se refere ao desenvolvimento da **concepção substantiva** do devido processo legal.

---

filho mais velho e para casar uma vez nossa filha mais velha, e mesmo para esses casos não será arrecadado mais do que um auxílio razoável' (*grifamos*). *Mais adiante, o artigo XIV confirma que à imposição tributária antecederá reunião do conselho comum do reino, para a qual serão convocados '...Arcebispos, bispos, abades, condes e grandes barões por documento individual...' convocação que, com a antecipação de quarenta dias, a identificação da causa e a predeterminação de local e data, se estenderá a "...todos os proprietários por documento geral endereçado ao xerife..."*. *Transcreva-se, ainda, a título de complementação, o artigo XXXIX, em que a Legalidade estende-se ao Direito Penal: 'Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado de seus bens ... senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com as leis do país'" – Medidas Provisórias em Matéria Tributária: as catilinárias brasileiras, p. 104-105. No mesmo sentido: VICTOR UCKMAR, **Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário**, 2.ed., p. 21-26; MARIA ROSYNETE OLIVEIRA LIMA, **Devido Processo Legal**, p. 31, que, como apoio em Vincenzo Vigoriti, assinala que a expressão *per legem terrae*, "...impõe garantia de legalidade muito mais vasta e penetrante, subordinando a validade do julgamento à 'lei do país'"*

<sup>29</sup> Sobre o destacado papel cumprido pela Magna Carta, EGON BOCKMANN MOREIRA assentou o seguinte: “*Tida como o 'germe do regime constitucional', a importância da Magna Carta reside em ser, historicamente, o primeiro documento formal de estabelecimento da supremacia legal sobre a vontade régia; além de ser a base do regime parlamentar britânico e definir uma série de direitos relativos a determinados grupos (principalmente os barões) em face do soberano. (...) Porém, o diploma não se limitava exclusivamente a assegurar direitos às classes dominantes, sem qualquer repercussão aos tecidos sociais menos privilegiados. A par de assegurar direitos ao baronato, a Magna Carta previa a correspondência desses direitos aos vassallos dos barões e várias garantias a outras classes sociais*”. – **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9784/1999**, 2.ed., p. 205.

## 1.2.2 A Magna Carta como Lei Fundamental, a doutrina de Sir Edward Coke e sua influência no direito norte-americano

Uma das personagens mais destacadas da história política e jurídica da Inglaterra do século XVII é, sem dúvida alguma, Sir EDWARD COKE. Entre outros fatores importantes, o pensamento de COKE influenciou decisivamente o nascimento da “*judicial review*”, dois séculos mais tarde, nos Estados Unidos da América<sup>30</sup>.

É importante notar que a doutrina de COKE não foi a primeira manifestação da possibilidade de controle dos atos normativos emitidos pelo Parlamento, tendo em vista a existência de uma relação de contrariedade entre esses atos e um direito superior.

Com efeito, ainda no período medieval, entre os séculos XIII e XV, foram numerosos os casos de invalidação de atos legislativos editados pelo Parlamento em razão da sua contrariedade aos preceitos da *common law* e da Magna Carta, especificamente no que diz respeito ao célebre artigo 39.

É o que esclarece RODNEY MOTT, quando se refere à **revogação** da *Carta Mercatoria* por Eduardo II, “...em virtude da mesma ter sido feita em **contrariedade** à Grande Carta”, ou quando relata que “em 1368 ficou estabelecido que **um estatuto editado de forma contrária ao artigo trinta e nove da Magna Carta ‘será nulo’**” (destaques nossos)<sup>31</sup>. Prosseguindo em sua análise, MOTT, com apoio em McILWAIN, assinala a ocorrência de um considerável número de atos que foram declarados nulos por se apresentarem contrários à Magna Carta ou ao Direito Fundamental (*Fundamental Law*)<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade**, p. 59 e 63; GUSTAVO BINENBOJM **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**, p. 19 e 26; MAURO CAPELETTI, **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, 2.ed., p. 57-63; LUIS PRIETO SANCHIS, **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**, p. 45; ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, **Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law**, p. 21; CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**, p. 16.

<sup>31</sup> **Due Process...**, *op. cit.*, p. 44.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 45.

Ainda segundo o mesmo autor, durante o período medieval, verificou-se um esforço considerável no sentido de reconhecer a Magna Carta como *fundamental law*, **diferente** da *common law*, mas **superior** à *statute law*. No entanto, esse reconhecimento não tinha como consequência necessária a caracterização de um princípio jurídico de que a legislação poderia ser controlada pelos juízes. Esse reconhecimento não implicaria, também, a consideração da existência de um **direito constitucional escrito**. Essa não seria a preocupação dos ingleses, mas sim **justificar** determinados atos políticos “...in the great body of **fundamental law** wich had grown up as the *English policy had developed*” (destaques nossos)<sup>33</sup>.

Com efeito, a relevância e o caráter de fundamentalidade de um determinado assunto não decorriam do fato dele estar inscrito na Magna Carta, mas, sobretudo, devido ao **inerente caráter fundamental da liberdade relacionada ao tema**, liberdade essa que se encontrava plenamente inserida no contexto de desenvolvimento histórico da *common law*, especialmente no que tange a princípios legais e de justiça; direitos fundamentais que vieram a se tornar a base para as liberdades dos séculos vindouros<sup>34</sup>.

O desenvolvimento da idéia de uma “*fundamental law*” desprende-se do curso da evolução dos conceitos do direito constitucional inglês. No entanto, encontrava-se plenamente inserida no contexto da doutrina do **direito natural** – mais intensamente desenvolvida na Europa continental, mas com livre trânsito entre os ingleses – vindo a fazer **parte integrante da common law**<sup>35</sup>.

Uma das características da(s) escola(s) do **direito natural** é justamente a tentativa de limitar o poder governamental, partindo-se da premissa de que o direito natural é superior ao direito positivo. Essa característica pode ser igualmente encontrada tanto na **concepção medieval**

---

<sup>33</sup> *Idem*. Tradução: “...no grande corpo do direito fundamental que cresceu no curso do desenvolvimento da política Inglesa”.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 45-47.

do direito natural<sup>36</sup> - onde os direitos fundamentais eram manifestados pela **revelação divina** - como na **vertente moderna** - onde os direitos naturais decorriam da **razão**<sup>37</sup>.

E é justamente nesse contexto, ou seja, na sua relação com o direito natural, que a Magna Carta encontra inserção. Como esclarece MOTT, as cortes inglesas, desde os tempos do *Model Parliament*, em 1295, até a ocorrência da Revolução de Cromwell, em 1688, eram ocasionalmente chamadas a decidir questões envolvendo a *fundamental law*, havendo uma significativa corrente doutrinária a dizer que os **estatutos contrários ao direito comum e à razão, ao direito natural ou à common law, eram inaplicáveis**. E conclui esse autor, asseverando que a “*Magna Carta, devido à sua posição preeminente na common law Inglesa, era constantemente citada como evidência do que era a fundamental law*”<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Veja-se, quanto ao tema, a exposição de MAURO CAPELETTI: “A concepção de direito e justiça, **dominante na Idade Média**, se se ligava, em sentido latíssimo, ao pensamento de Platão e de Aristóteles, de que já se falou, ligava-se, porém, também e sobretudo, através da doutrina **tomista**, aos filósofos estóicos e a Cícero. Naquela concepção, a idéia de **ius naturale** assumia um lugar preeminente: o direito natural era considerado como **norma superior**, de derivação divina, na qual todas as outras formas deviam ser inspiradas. Como escreve um jurista moderno, ‘o ato do soberano que tivesse infringido os limites postos pelo direito natural era declarado formalmente **nulo e não vinculatório**, tanto que o juiz competente para aplicar o direito era obrigado a considerar nulo (e por isto não obrigatório) seja o ato administrativo contrário ao direito (natural), seja a própria lei que se encontrava em semelhante condição, mesmo que ela tivesse sido proclamada pelo Papa ou pelo Imperador...’ – **O Controle...**, *op. cit.*, p. 51-52.

<sup>37</sup> Conferir, sobre o tema, LUIS PRIETO SANCHÍS, **Jurisdición...**, *op. cit.*, p. 32-52. Sobre o mesmo assunto, vejamos novamente o que MAURO CAPELETTI tem a dizer: “O mesmo, de resto, pode-se dizer, também, da concepção dominante na grande escola jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII que vai, **grosso modo**, de Hugo Grotius a J. J. Rousseau. De fato, também a escola jusnaturalista, dos séculos XVII e XVIII – que à escola medieval se contrapunha, em geral, sobretudo por seu fundamento racionalista e imanentista, desvinculada como era dos pressupostos transcendentais e teológicos que tinha caracterizado, ao invés, o direito natural medieval – também ela afirmava, enfim, a existência de ‘direitos inatos’, intangíveis e irrenunciáveis – em síntese, a existência de **limites** e de **preceitos cogentes para o próprio legislador**” – *op. cit.*, p. 52-53. No mesmo sentido, CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, **Jurisdicção Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**, p. 21-22: “A vertente jusnaturalista atribui aos direitos individuais um valor mais forte que as outras correntes do pensamento jurídico, fazendo com que os mesmos se transformem em critérios para evitar os abusos do poder estatal. O jusnaturalista adota a tese de que os direitos naturais são um referencial externo de legitimidade para o poder político. Segundo a conhecida formulação de J. Locke, quando o exercício do poder político é realizado em contradição com os direitos naturais, esse poder se torna ilegítimo, justificando, inclusive, a desobediência civil”.

<sup>38</sup> **Due Process...**, *op. cit.*, p. 48. No original inglês: “*Magna Carta, due to its preeminent position in the English common law, was often cited as evidence of what was the fundamental law*”.



Os esforços de EDWARD COKE estavam voltados, justamente, para o reconhecimento da **Magna Carta como *fundamental law***, sendo que os atos editados pelo Parlamento, assim como os atos proclamados pelo rei, deveriam encontrar limites nos dispositivos da Grande Carta, notadamente por se tratarem de direitos naturais, como anteriormente explicado.

Nesse sentido, vale transcrever o pensamento de MAURO CAPELETTI, que faz boa síntese dos elementos fundamentais da doutrina de COKE:

Século XVII: a tradição jurídica inglesa, uma velha tradição já de quatro séculos, de que na primeira metade do século XVII, grande teórico e defensor foi Sir Edward Coke (falecido em 1634), era no sentido de que a lei não fosse criada, mas somente afirmada ou declarada, pela vontade do Soberano. A *common law*, em síntese, lei fundamental e prevalente em relação à *statutory law*, podia, porém, ser *completada* pelo legislador, mas não, ser por ele *violada*: pelo que, o direito era, em grande parte, subtraído às intervenções do legislador. Sobre a base desta tradição se fundou, exatamente, a doutrina de Edward Coke sobre a **autoridade do juiz como árbitro entre o Rei e a nação**, doutrina por ele precisada especialmente na ocasião de sua luta contra James I Stuart. Contra o Rei, que afirmava ser dotado de inteligência como os juízes, seus delegados, e pretendia, conseqüentemente, poder exercitar pessoalmente o poder judiciário, Coke respondia que tão-só os juízes podiam exercitar aquele poder, sendo instruídos na difícil ciência do Direito “*wich requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it*”. E contra o Parlamento, ele afirmava, por outro lado, “**a tradicional supremacia da *common law* sobre a autoridade do Parlamento**” (destaques nossos).<sup>39</sup>

A concepção de Lorde COKE a respeito da supremacia da *common law* sobre os atos do Parlamento foi manifestada com maior clareza e autoridade no “*Dr. Bonham’s Case*”, no ano de 1610. Tratava-se de outorga de competência ao “*Royal College of Phisycians*”, de Londres, para a concessão de licenças para o exercício da medicina. Dentre as competências outorgadas, encontrava-se a **possibilidade de determinar-se a prisão daquele que viesse a exercer a profissão sem licença**.

COKE manifestou-se no sentido de que esse estatuto transformava o “*College*”, em **parte e juiz da mesma causa**, o que não poderia ser admitido perante a *common law*. Manifestou-se, ainda, pela possibilidade concreta de controle dos atos do Parlamento, inclusive com a declaração da sua nulidade,

---

<sup>39</sup> O Controle..., *op. cit.*, p. 58-59.

“...pois quando um Ato do Parlamento é **contrário ao direito comum e à razão**, ou repugnante ou impossível de ser aplicado, a **common law** irá controlar esse ato e considerá-lo como nulo”<sup>40</sup>.

Muito embora não tenha sido feita uma referência direta ao artigo 39 da Magna Carta, é possível concluir, de acordo com MOTT, que a decisão de COKE, no “*Dr. Bonham’s Case*”, expressava também preocupações com o Devido Processo Legal, tendo em vista o que restou assentado tanto em decisões futuras como em seus “*Institutes of the Law of England*”<sup>41</sup>.

Como antes dissemos, o pensamento de COKE é geralmente associado à semente do controle de constitucionalidade dos atos legislativos pelos juízes, que veio a germinar, dois séculos mais tarde, no direito norteamericano. Mas é indiscutível também a sua contribuição para a configuração do caráter substantivo do Devido Processo Legal, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos<sup>42</sup>.

Veja-se, nesse ponto, a opinião de FRANK R. STRONG sobre a importância da contribuição de COKE:

A morte de Edward Coke ocorreu em 1634, aproximadamente, no meio do período do governo autocrático de Charles I. Durante os agitados anos do primeiro terço do mais destacado século na história constitucional da Inglaterra, ele era uma figura de destaque como sucessivamente *chief justice* das duas maiores cortes inglesas, um importante membro do Parlamento, em algumas das suas mais decisivas sessões, e autor de obras que influenciaram o direito inglês. Em sua excelente biografia de Coke, Catherine Drinker Bowen escolheu bem o título *The Lion and The Throne*. Foi ele quem permitiu a sobrevivência do conceito de ‘devido processo legal’ ao manifestar a sua equivalência à expressão *per legem terrae* do capítulo 29 (39) da Magna Carta; foi ele quem contribuiu significativamente para o conteúdo

---

<sup>40</sup> *Apud* RODNEY L. MOTT, *op. cit.*, p. 49. No original inglês: “...when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant or impossible to be performed the common law will controul it and adjudjge such act to be void”. Sobre o tema, vejam-se, também, as considerações de ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 20-22, e CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, **O Devido Processo...**, *op. cit.*, p. 14-19.

<sup>41</sup> **Due Process...**, *op. cit.*, p. 49-50.

<sup>42</sup> Nesse sentido, vejam-se as considerações de FRANK R. STRONG – **Liberty...**, *op. cit.*, p. 10-11 – a respeito das decisões proferidas por COKE, no *Case of Monopolies*, em 1603, que tratava da concessão de monopólio para a importação e fabricação de cartas de baralho, assim como no *Case of the Taylors*, em 1615. Em ambos os casos, a concessão de monopólios foi declarada contrária à *common law*.

substantivo do devido processo que passou para o Novo Mundo como uma herança inglesa.<sup>43</sup>

De fato, a concepção de direitos naturais, no interior da *common law* – onde, como dissemos, a Magna Carta ocupava local de reconhecido destaque – e a doutrina da possibilidade de controle dos atos do Parlamento, quando eles se mostrassem írritos em relação à *common law*, constituíram-se os elementos que foram apropriados pelos juristas e políticos norte-americanos para o desenvolvimento da *judicial review*, bem como do Devido Processo Legal. Tratam-se de noções que, se não se apresentam como absolutamente coincidentes, estão intimamente relacionadas entre si, notadamente quando estão em jogo direitos e liberdades fundamentais.

Com efeito, “...a cláusula do devido processo legal (due process of law)...”, assevera CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, “...**intimamente associada à própria prerrogativa da revisão judicial (...)**, esteve sempre latente no pensamento constitucional norte americano, **haurido e aperfeiçoado a partir das tradições jusnaturalistas do common law anglo-saxônico**”<sup>44</sup> (destaques nossos).

Diante do que até aqui foi exposto, parece correto afirmar que a dicção contida no famoso artigo 39 da Magna Carta oferece garantias tanto de índole procedimental, relativas a procedimentos judiciais nas esferas civil e criminal, como garantias de índole material ou substantivas, que se relacionam com a limitação das “competências” legislativa e executiva do Parlamento e do Rei. De todo modo, não restam dúvidas no sentido de que, tanto no que tange ao seu aspecto procedimental, como no que diz respeito ao seu aspecto substantivo, a cláusula do Devido Processo Legal tem na sua origem o nítido propósito de estabelecer **limites ao exercício arbitrário** da

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p.14. No original inglês: “Edward Coke’s death occurred in 1634, approximately midway in the period of Charles’ autocratic rule. During the eventful years of the first third of what was the most momentous century in English constitutional history, he was a towering figure as successively chief of justice of two major courts, an influential member of Parliament in some of its most fateful sessions, and author of the then leading work on English law. For her outstanding biography of Coke, Catherine Drinker Bowen chose well to intitle it **The Lion and The Throne**. It was he who gave permanence to the concept of ‘due process by law’ by asserting its equivalency to **per legem terrae** of chapter 29 of Magba Carta; it was he who contributed significantly to the substantive contento of due process that passed to the New World as the English heritage”.

<sup>44</sup> **O Devido Processo...**, *op. cit.*, p. 24.

autoridade governamental, característica essa que persiste até os dias de hoje.

### 1.2.3 Recepção do instituto e seu desenvolvimento no direito norte-americano

Os primeiros colonizadores ingleses que chegaram ao Novo Mundo trouxeram consigo os preceitos da *common law* como direito a ser aplicado nas colônias. Os direitos reconhecidos a todos os cidadãos ingleses estavam assegurados aos colonos através das *Cartas coloniais* (“*charters*”) outorgadas pelo Rei.

Como demonstra MOTT, era comum a referência à Magna Carta e à expressão “*law of the land*” – nem sempre, porém, de modo claro – que passavam a fazer parte integrante do direito colonial<sup>45</sup>. No entanto, como observa RENÉ DAVID, a *common law* não era de fácil reconhecimento e aplicação nas colônias americanas, tendo em vista tanto as dificuldades decorrentes da ausência de formação jurídica dos colonizadores como também da própria desconfiança deles em relação aos preceitos da *common law*.

Estreitamente ligada a um processo arcaico, que exige técnicas experimentadas, a *common law* é inaplicável nos territórios em que praticamente não existe, qualquer que seja a variedade de seu povoamento, nenhum jurista e em que não há preocupação de os mandar vir ou de os instruir; as regras da *common law*, por outro lado, na medida em que existem, foram elaboradas por e para uma sociedade feudal, de cujo tipo as instituições americanas estão tão afastadas quanto possível. Os problemas que se apresentam aos colonos são problemas novos, aos quais a *common law* não dá respostas satisfatórias. Além disso, a *common law* não agrada muito aos colonos; em muitos casos eles foram obrigados a emigrar porque eram perseguidos, e estão pouco preparados para ver nesta *common law*, como os juristas ingleses, os baluartes das liberdades do indivíduo.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> **Due Process...**, *op. cit.*, p. 8-13.

<sup>46</sup> **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, p. 450. Não obstante essas observações iniciais, DAVID reconhece que a *common law* triunfou, também, nos Estados Unidos, seja por força da evolução econômica e social das colônias, seja em decorrência da própria evolução da *common law*, seja, ainda, como forma de identificação à origem britânica e oposição às ameaças francesas vindas de Louisiana e do Canadá – p. 450-455.

De outro lado, “...a transplantação da cláusula do **due process**...”, adverte RUISTEMBERG NUNES PEREIRA “...não se fez de maneira imediata ou concomitantemente com a colonização”<sup>47</sup>. O desenvolvimento do conceito de devido processo, nos Estados Unidos, teve sensível incremento após a Independência da Colônias; a partir da inclusão da expressão “*law of the land*” nas diversas declarações de direitos que se seguiram a esse acontecimento histórico; bem como, e principalmente, no período que sucedeu à entrega da Constituição de 1787 e do “*Bill of Rights*” de 1791, ocasião em que a expressão “*due process of law*” foi pela primeira vez utilizada em um texto constitucional na América do Norte<sup>48</sup>.

“É nesse ensejo...”, arremata SAMPAIO DÓRIA, “...que o princípio se desliga de sua matriz inglesa e passa a integrar o sistema jurídico americano, numa trajetória que o transmudaria no mais fecundo de quantos instrumentos se criaram para a defesa de direitos individuais”<sup>49</sup>.

Assim, a cláusula do devido processo legal fundou suas raízes na América do Norte, onde encontrou, como observa RODNEY L. MOTT, um terreno muito mais fértil, o que lhe propiciou a evolução em diferentes vertentes e com maior número de matizes do que aqueles que se revelaram no direito inglês, não obstante tenha percorrido um período de tempo consideravelmente menor<sup>50</sup>.

O desenvolvimento da cláusula do devido processo, nos Estados Unidos, está plenamente inserido no processo histórico, jurídico e político desse País, característica essa que encontra boa síntese na célebre manifestação de FRANKFURTER, que enfatiza a dificuldade de se atribuir um significado para a cláusula do devido processo legal no direito norteamericano: “...**due process** não pode ser aprisionado dentro dos traçozeiros lindes de uma fórmula qualquer (...) **due process** é um produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força

---

<sup>47</sup> **O Princípio...**, *op. cit.*, p. 99-100.

<sup>48</sup> **Due Process**, *op. cit.*, p. 16.

<sup>49</sup> **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 15.

<sup>50</sup> **Due Process...**, *op. cit.*, p. 591.

da fé democrática que professamos. **Due process** não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo...”<sup>51</sup>.

Trata-se, pois, do “gradual processo judicial de inclusão e exclusão”, referido pelo Justice MILLER, que reflete, por outro lado, as marchas e contramarchas da compreensão dos direitos que se encontram albergados sob a cláusula do devido processo legal<sup>52</sup>.

## 1.2.4 O devido processo legal no contexto constitucional do direito americano e suas diferentes concepções

### 1.2.4.1 Introdução

A expressão “*due process of law*” é manifestada pela primeira vez no direito norte-americano com a edição das dez primeiras Emendas, que constituíram o “*Bill of Rights*”, em 1791. Mais precisamente, na Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América. Com efeito, anteriormente à Quinta Emenda, havia registro apenas da expressão “*law of the land*”, que veio a constar em várias Declarações de Direitos das colônias, com especial destaque para a Declaração de Independência da Virgínia, em 1776<sup>53</sup>. De outro lado, tanto na Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, como no Texto Fundamental de 1787, não existia a enumeração de um rol de direitos e liberdades<sup>54</sup>. A Quinta Emenda tem a seguinte redação:

---

<sup>51</sup> Anti-Facist Comittee v. McGrath, 341 U.S. 123, 95 L. Ed. 817 (1951) Apud ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, **Direito Constitucional...**, op. cit., p. 33.

<sup>52</sup> Davidson v. New Orleans, 96 U.S. 97, 103-05 (1877). Apud LAURENCE H. TRIBE – **American Constitutional Law**, 3.ed., v.1, p. 1342. No original inglês: “ *the gradual process of judicial inclusion and exclusion*”.

<sup>53</sup> A Seção VIII da célebre Declaração de Direitos de Virgínia teve a seguinte redação: “*Em todos os processos capitais ou criminais o acusado tem o direito de conhecer a causa e a natureza da acusação, de ser acareado com os acusadores e as testemunhas, de citar testemunhas de defesa e de obter pronto julgamento por um júri imparcial de doze homens da vizinhança, não podendo ser declarado culpado sem o consenso unânime destes; e não pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio. Ninguém pode ser privado da liberdade, a não ser em virtude da lei do país (law of the land) ou por julgamento de seus pares*” (destaques nossos) – JORGE MIRANDA, **Textos Históricos...**, op. cit., p. 33.

<sup>54</sup> ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, **Direito Constitucional...**, op. cit., p. 15-16.

Ninguém será obrigado a responder por crime capital ou infamante sem denúncia ou acusação feita por um grande júri, salvo tratando-se de casos ocorridos nas forças terrestres e navais ou na milícia, quando em serviço ativo em tempo de guerra ou de perturbação pública. Ninguém poderá ser, por virtude do mesmo crime, exposto a perigo de vida ou a ser molestado na sua integridade física. **Ninguém será forçado a testemunhar contra si próprio em processo criminal, nem privado da vida, liberdade ou propriedade sem observância do devido processo legal**; ninguém será expropriado de seus bens para uso público sem justa indenização (destaques nossos)<sup>55</sup>.

A expressão veio a ser novamente insculpida no texto constitucional por ocasião das chamadas “*Emendas da Reconstrução*” – especificamente na 1ª Seção da Emenda XIV – editadas em 1866 e ratificadas em 1868, logo após o fim da Guerra de Secessão.

1ª Seção – Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos assim como do estado onde residam. Nenhum Estado irá editar ou aplicar qualquer lei que venha a revogar os privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; **bem como nenhum estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal**; nem mesmo negará a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção do direito (destaques nossos)<sup>56</sup>.

O exame do desenvolvimento do devido processo legal, à luz da Quinta e da Décima Quarta Emendas da Constituição Norte Americana, pode ser realizado a partir de dois pontos de vista distintos, ainda que não sejam os únicos, mas que se encontram intimamente relacionados.

O primeiro diz respeito à **função** desempenhada por essas duas emendas no contexto da organização política dos Estados Unidos. Isto é, na

---

<sup>55</sup> No original inglês: “*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 offense 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*”.

<sup>56</sup> No original inglês: “*Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. 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*”.

**definição dos âmbitos de competência** dos departamentos – legislativo, executivo e judiciário – dos governos federal e estaduais. O segundo refere-se à **evolução** propriamente dita da interpretação relativa aos direitos que se encontrariam sob a cláusula do devido processo legal. É dizer, o **processo histórico de inclusão e exclusão** a que nos referimos anteriormente.

#### 1.2.4.2 Sobre o caráter estruturante das Emendas V e XIV

No que tange ao primeiro aspecto, até a edição da Emenda XIV, sedimentou-se o entendimento no sentido de que as disposições contidas no “*Bill of Rights*” aplicavam-se apenas aos **departamentos federais** de governo: legislativo, executivo e judiciário. Assim, as garantias contidas na V Emenda, relativas à cláusula do devido processo legal, não poderiam ser invocadas para combater violações aos direitos dos cidadãos, quando essas violações fossem decorrentes de atos praticados pelos governos estaduais<sup>57</sup>. Esse é o entendimento que ficou assentado, a partir de 1833, pela Suprema Corte, no julgamento do caso *Barron v. Baltimore*. Coube ao Juiz MARSHALL conduzir o Tribunal, no sentido de estabelecer uma interpretação que somente viria a ser revogada três décadas depois, com a edição da Emenda XIV<sup>58</sup>.

Outro caso de grande interesse é *Dred Scott v. Sanford*, conhecido como “*A Decisão Infame*” (“*The Infamous Decision*”) dadas às suas circunstâncias. Dred Scott era um escravo mantido no Estado de Missouri. Seu dono, um cirurgião do exército, levou-o consigo para o Estado de Illinois,

<sup>57</sup> LAURENCE H. TRIBE, **American...**, *op. cit.*, p. 1294; RODNEY L. MOTT, **Due Process...**, *op. cit.*, p. 203-204.

<sup>58</sup> 32 U.S. (Pet.) 243 (1833). *Apud* L. H. TRIBE, **American...**, *op. cit.*, p. 1294. Registre-se, no entanto, a existência de julgados anteriores ao acima citado, que procedendo à leitura conjunta dos dispositivos constantes da V Emenda e do Artigo IV, Seção 2, do Texto Constitucional original de 1787 - “*Os cidadãos de cada estado gozarão nos outros estados de todos os privilégios e imunidades de que gozarem os seus cidadãos*” - concluíram pela possibilidade de controle dos **atos praticados pelos estados** em face das disposições constantes do “*Bill of Rights*”. Veja-se, por exemplo, o caso *Corfield v. Coryell*, onde a Suprema Corte, sob a condução do Justice WASHINGTON, manifestou-se no sentido de considerar o citado artigo como uma proteção dos direitos considerados, por sua natureza, como fundamentais. Direitos esses que pertenceriam aos cidadãos de todos os governos livres. 6 F. Cas. 546 (No. 3230) (C.C. E. D. Pa. 1825) (on circuit) – *apud* LAURENCE H. TRIBE, **American...**, *op. cit.*, p. 1295.



onde a escravatura era proibida por lei e, mais tarde, para o Estado de Louisiana, onde a escravatura era proibida por uma lei editada pelo Congresso. A Suprema Corte, em 1857, sob a liderança do Juiz TANEY, decidiu que Dred Scott não poderia invocar os direitos inerentes aos cidadãos americanos perante os tribunais, tendo em vista a sua condição de descendente de africanos escravos. Esses direitos somente poderiam ser invocados por aqueles que se encontravam incluídos no significado das expressões “*povo dos Estados Unidos*” e “*cidadãos*”, constantes do Texto Constitucional.

A presente questão concerne ao fato de ser ou não a classe de pessoas descritas no processo, em inferioridade, uma parte deste povo e se são membros constituintes desta soberania. Acreditamos que não e que não estão incluídas e não foram pretendidas de serem incluídas, sob a palavra “*cidadãos*” na Constituição e, portanto, **não podem reclamar nenhum dos direitos e privilégios** que aquê Instrumento prevê e assegura aos cidadãos dos Estados Unidos (*sic*)<sup>59</sup>.

É possível notar, a partir desses dois precedentes, em primeiro lugar, que a Suprema Corte tratou de **definir o âmbito de incidência** das garantias constantes do “*Bill of Rights*”. Em segundo lugar, estabeleceu uma espécie de **exame de cidadania** sobre a pessoa de Dred Scott, a fim de verificar se ele poderia ou não reclamar os direitos concedidos pela Constituição ao “*povo dos Estados Unidos*”, aos “*cidadãos*” americanos<sup>60</sup>.

A Emenda XIV revogou o entendimento manifestado em ambos os casos. Com efeito, declarou, expressamente, que “...**todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos assim como do estado onde residam**”. Desse modo, tornou sem efeito o *exame de cidadania* realizado em *Dred Scott v. Sanford*. De outro lado, declarou que “...*nenhum estado irá editar ou aplicar*

---

<sup>59</sup> 19 Howard 393 (1857). *Apud* CARL BRENT SWISHER, **Decisões Históricas da Suprema Corte**, p. 57.

<sup>60</sup> LAURENCE H. TRIBE, **American...**, *op. cit.*, p. 1298.

qualquer lei que venha a revogar os **privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos**<sup>61</sup>.

Estava assim definitivamente afastada a interpretação no sentido de que as garantias do “*Bill of Rights*” se dirigiam apenas aos departamentos do governo federal, tal como ficou assentado em *Barron v. Baltimore*.

Em última análise, portanto, pode-se concluir, com apoio em TRIBE e AKHIL AMAR, que tanto as emendas constantes do “*Bill of Rights*” como as três Emendas da Reconstrução, editadas após a Guerra Civil, não estavam voltadas apenas para o reconhecimento de direitos e liberdades<sup>62</sup>. Elas desempenharam um importante papel institucional, ao estabelecer marcos que puderam ser interpretados como limites para o desempenho das competências atribuídas pela Constituição aos governos federal e estaduais<sup>63</sup>.

#### 1.2.4.3 Os direitos protegidos pelas Emendas V e XIV

O segundo aspecto a ser analisado diz respeito ao processo histórico de inclusão e exclusão dos direitos protegidos sob a cláusula do devido processo legal, que revela a evolução da interpretação e aplicação desse instituto no direito americano.

Mesmo após a V Emenda ter feito expressa referência à exigência do devido processo legal, poucas foram as manifestações dos tribunais norte-americanos no sentido de atribuir significado a esse dispositivo, nos anos que

---

<sup>61</sup> No original inglês: “*No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States*”.

<sup>62</sup> LAURENCE H. TRIBE, **American...**, *op. cit.*, p. 1293-1297; AKHIL AMAR, **The Bill of Rights**. A análise realizada por esse autor é especialmente interessante. Com efeito, AMAR discorda da visão convencional sobre o “*Bill of Rights*”, ou seja, de que a sua finalidade seria apenas a de proteger os indivíduos e as minorias contra interesses majoritários. Através da imposição de limites aos poderes governamentais, o “*Bill of Rights*” realizou uma importante função de caráter estruturante. Já no que diz respeito às Emendas XII, XIV e XV, AMAR enfatiza o seu papel de **reconstrução** da federação norte-americana, bem como, paradoxalmente, a ratificação e a redefinição dos direitos enunciados no “*Bill of Rights*”.

<sup>63</sup> Nesse sentido, vejamos também a explicação de BRUCE ACKERMAN: “*O novo regime Republicano era mais nacionalista do que o seu predecessor Federalista. A 14ª Emenda Republicana, pela primeira vez na história, proclamou a preponderância da cidadania nacional e o caráter secundário da cidadania estadual na identidade política americana*” – **Nós, O Povo Soberano: fundamentos de direito constitucional**, p. 111.

se seguiram à edição do “*Bill of Rights*”. Nesses momentos inaugurais, a principal preocupação das cortes era definir se a cláusula *due process of law* estabelecia, ou não, **limitações ao exercício do Poder Legislativo**<sup>64</sup>.

A primeira decisão a reconhecer expressamente que as disposições contidas na V Emenda constituíam restrições à atuação do Legislativo foi proferida pela Suprema Corte, no caso *Dartmouth College v. Woodward*. Tratava-se da revogação de uma Carta de Concessão conferida pela Coroa Inglesa, em 1769, revogação essa que se deu através de uma lei editada pelo Estado de New Hampshire, alterando o nome do Colégio e transferindo a sua direção para outras mãos<sup>65</sup>.

A Suprema Corte, mais uma vez sob a liderança de MARSHALL, declarou inconstitucionais as leis editadas por New Hampshire, pois se tratavam de **leis retroativas**, que estavam a revogar direitos adquiridos, contrariando, assim, as garantias constantes da I Emenda. A Suprema Corte acolheu os célebres argumentos de DANIEL WEBSTER, que haviam sido rejeitados pela Corte de New Hampshire, no sentido de que **a cláusula do devido processo legal impunha limites ao legislador, no que diz respeito a procedimentos**, tais como a tomada e a transferência de propriedade sem prévio julgamento<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> RODNEY L. MOTT, **Due Process...**, *op. cit.*, p. 193-195. ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, **Direito Constitucional...**, *ob. cit.*, p. 18-19

<sup>65</sup> CARL BRENT SWISHER, **Decisões Históricas...**, *op. cit.*, p. 19-24.

<sup>66</sup> RODNEY L. MOTT, **Due Process...**, *op. cit.*, p. 202-203. MOTT observa, porém, que a idéia de se declarar um ato legislativo inválido não constituía qualquer novidade, sendo essa uma característica da *common law* que, juntamente com preceitos de direito natural, encontrava-se presente no direito norte-americano desde os tempos coloniais. Antes da decisão proferida pela Suprema Corte, no “*Dartmouth’s case*”, era comum estabelecer-se a relação entre direitos adquiridos, direitos naturais e a razão com a cláusula do devido processo legal. *Dartmouth*, segundo o autor, teria sido a primeira decisão a buscar estabelecer no devido processo um fundamento autônomo – p. 199-202. “*No cerne da teoria da interpretação dinâmica da Constituição...*” – observa ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA – “...jazem os cânones da escola do Direito Natural, demarcando o território dos direitos individuais, onde não se admite interferência governamental. Profundamente imbuídos das teorias políticas vulgarizadas nas obras de LOCKE, ROUSSEAU e MONTESQUIEU, na linha de concepções jusnaturalistas de GROTIUS e PUFENDORF, já realçamos que o objetivo dos homens que plasmaram a federação americana, sensíveis aos autênticos valores de sua época, fora a adoção concreta de tais princípios. A Constituição que elaboraram é prova insofismável dessa filiação intelectual. E legaram aos pósteros a convicção de que, latente em suas disposições escritas ou implícitas, como cúpula encerrando todo o sistema, palpitava o espírito que animava as doutrinas do Direito Natural, a cujas fórmulas deveriam recorrer para a complementação necessária dos preceitos constitucionais” –, **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 27-28. É

Segundo RODNEY MOTT, a primeira decisão a estabelecer uma interpretação verdadeiramente autorizada da V Emenda foi *Murray v. Hoboken Land and Improvement Company*, já em 1855. Não obstante a Suprema Corte tenha considerado **válida** uma lei que estabelecia **procedimentos sumários para a exigência de débitos tributários**, restou assentado, pela opinião do Juiz CURTIS, que a V Emenda constituía uma restrição sobre as competências do legislativo, do executivo e do judiciário, bem como que **não seria qualquer processo definido pelo legislador que poderia ser considerado como devido processo**<sup>67</sup>.

Conforme expusemos anteriormente, a Emenda XIV veio a revogar o entendimento sedimentado a partir de *Barron v. Baltimore*, no sentido de que as disposições contidas nas dez primeiras emendas atingiam apenas os departamentos federais de governo. Estava aberto o caminho, portanto, para que as cortes federais e especialmente a Suprema Corte pudessem controlar os atos governamentais oriundos dos Estados.

Devemos registrar, porém, que a Suprema Corte manteve, inicialmente, o entendimento anterior, no sentido de que as limitações estabelecidas antes da edição da Emenda XIV destinavam-se apenas aos departamentos federais, como demonstram os “*Slaughter-House Cases*”, que envolviam a concessão por lei de monopólios para o exercício da atividade de abate de animais a um único matadouro<sup>68</sup>. Trata-se da primeira interpretação do parágrafo 1º da Emenda XIV pela Suprema Corte, que de acordo com TRIBE, atribuiu um significado tão estreito à “*Privileges and Immunities Clause*” (Cláusula dos Privilégios e Imunidades), ao limitar o alcance desse dispositivo aos casos de segregação racial, que teria

---

importante considerar, de outro lado, que se trata de uma decisão que julgou inconstitucional uma lei estadual, “*sub collar*” de ofensa aos dispositivos do “*Bill of Rights*”. Veja-se, contudo, que essa decisão é anterior à *Barron v. Baltimore*, de 1833, onde o próprio Juiz MARSHALL assentou o entendimento, que viria a prevalecer até a edição da Emenda XIV, no sentido de que **as dez primeiras emendas constituíam limitações apenas aos departamentos de governo federais**.

<sup>67</sup> **Due Process...**, *op.*, p. 204-205.

<sup>68</sup> 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1873). *Apud* CARL BRENT SWISHER, **Decisões Históricas...**, *op. cit.*, p. 90-92.

“...pavimentado o caminho para a sua virtual eliminação do corpo da Constituição”<sup>69</sup>.

No entanto, a Suprema Corte trataria de rever esse entendimento. Ou seja, estabeleceu um significado mais amplo para as garantias estabelecidas na Emenda XIV. E é justamente dentro desse contexto que teve curso o período de maior desenvolvimento da doutrina do “*substantive due process of law*”, ocorrido a partir do final do Século XIX, especialmente no que diz respeito à imposição de limites quanto à regulação da economia por parte do Estado.

Em *Munn v. Illinois*, muito embora a Suprema Corte tenha garantido a constitucionalidade de uma lei do Estado de Illinois que visava o controle das taxas de armazenagem de grãos, sob o entendimento de que se tratava de um estatuto que estava a atender o interesse público, observou-se, na opinião do Juiz WAITE, a possibilidade da Corte controlar a **razoabilidade** dessa espécie de regulamentação. Sua importância decorre, pois, do fato de que, “...sob reserva de uma simples ameaça de controle da Corte...” – observam ANDRÉ TUNC e SUZANNE TUNC – “...seu efeito imediato é o de confirmar a validade da regulamentação do comércio e da indústria. **Seu efeito indireto, muito rapidamente produzido, porém, foi exatamente o contrário**” (destaques nossos), uma vez que tratou de estabelecer critérios para julgamentos futuros<sup>70</sup>.

*Lochner v. New York* pode ser considerado um dos casos que melhor ilustram o entendimento que viria a prevalecer até 1937, com a implementação do “*New Deal*”, durante o governo Roosevelt<sup>71</sup>. Discutiu-se a limitação das horas de trabalho em padarias e confeitarias, sessenta horas semanais, que fora estabelecida por uma lei do Estado de Nova Iorque. A

---

<sup>69</sup> *American...*, *op. cit.*, p. 1303. No original inglês: “...to pave the way for its virtual elimination from the body of the Constitution”.

<sup>70</sup> **Le Système Constitutionnel des États-Unis d’Amérique**, v. IV, p. 235.

<sup>71</sup> 198 U.S. (1905) 45. *Apud* CARL BRENT SWISHER, **Decisões Históricas...**, *op. cit.*, p. 108-113. Sobre *Lochner v. New York*, confirmam-se os seguintes trabalhos: LAURENCE H. TRIBE, *American...*, *op. cit.*, p. 1343-1351; RODNEY L. MOTT, **Due Process...**, *op. cit.*, p. 342-343; ERWIN CHEMERINSKY, **Constitutional Law: Principles and Policies**, *op. cit.*, p. 525-526; 590-592; EDWARD KEYNES, **Liberty...**, *op. cit.*, p. 118; CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, **O Devido Processo...**, *op. cit.*, p. 55; CARL BRENT SWISHER, **Decisões Históricas...**, *op. cit.*, p. 108-112.

Suprema Corte considerou inconstitucional essa lei por restringir a liberdade de contratação estabelecida na Emenda XIV, sob a cláusula do devido processo legal.

Como observa EDWARD CORWIN, a Suprema Corte aumentou o âmbito de compreensão dos conceitos de *liberdade* e de *propriedade*, que, tradicionalmente, de acordo com a *common law*, eram basicamente compreendidos como **liberdade de não ser detido sem um bom motivo e o poder exercido sobre determinados objetos físicos**. Com efeito, a Corte passou a entender que liberdade, sob os preceitos da Emenda XIV, significava “liberdade de contrato”, sobretudo no que diz respeito a adultos que desejam ser empregados<sup>72</sup>.

Ainda com apoio nas explicações de EDWARD S. CORWIN, durante esse período – por ele foi referido como “*The Heyday of Substantive Due Process*” (Os Bons Dias do Devido Processo Substantivo) – sob a cláusula do devido processo, **questionava-se o conteúdo substantivo dos atos legislativos**, exigindo do Congresso e dos legislativos estaduais que desempenhassem suas funções razoavelmente (*reasonably*), sendo que o exame dessa razoabilidade seria **realizado de acordo com o julgamento da Suprema Corte**<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> **The Constitution and What it Means Today**, *op. cit.*, p. 387.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 387-388. Nesse importante período, a Suprema Corte incorporou e deu foros de juridicidade aos conceitos liberais da doutrina do “*laissez faire*”. Desde o princípio, no entanto, sob forte crítica do Juiz HOLMES que, dissentindo do posicionamento adotado pela Corte, em *Lochner v. New York*, registrou que: “*Uma Constituição não é elaborada com a intenção de incorporar uma doutrina econômica particular, se do paternalismo e a relação orgânica do cidadão ao Estado ou do laissez faire*” – Apud CARL BRENT SWISHER, **Decisões Históricas...**, *op. cit.*, p. 112. Confirmam-se, também: EGON BOCKAMNN MOREIRA, **Processo Administrativo...**, *op. cit.*, p. 213-215; ANDRÉ TUNC e SUZANNE TUNC, **Le Système...**, *op. cit.*, p. 231. É importante notar, contudo, que, antes mesmo do período do *Heyday of Substantive Due Process*, a jurisprudência da Suprema Corte já registrava casos onde a cláusula do devido processo legal foi invocada no seu aspecto substantivo. É bem verdade que muitas das decisões proferidas tiveram forte influência dos preceitos da Escola do Direito Natural, que como referimos anteriormente, protagonizou um papel da maior relevância no desenvolvimento do Direito Constitucional norte-americano. Nesse sentido: LAURENCE H. TRIBE, **American...**, *op. cit.*, p. 1334-1337. *Dred Scott* talvez seja o caso mais interessante para exemplificar a ocorrência de decisões que ressaltavam o aspecto substantivo do devido processo. “*The Infamous Case*”, anota TRIBE – *ibidem*, p.1334 –, pode ser analisado sob os seus aspectos mais inofensivos, especialmente quando, na opinião da Suprema Corte, restou asseverado que **não seria qualquer manifestação legislativa que poderia ser considerada como direito**. Vejam-se, também, as considerações de ANDRÉ TUNC e SUZANNE TUNC, ao reportarem-se a uma série de decisões que expressaram uma tendência, “...herdada do

Durante esse período, discutiu-se, com veemência, a questão relativa ao “Governo dos Juízes”, devido principalmente ao caráter contramajoritário do controle exercido pela Suprema Corte, a ponto de ser sugerido por KALES que os advogados, ao sustentar questões baseadas em devido processo perante a Corte, usassem a expressão “*Your Lordship*” (Senhor Capitão) em substituição a “*Your Honnor*” (Excelência)<sup>74</sup>.

Em 1937, a Suprema Corte passaria a abster-se de controlar o conteúdo dos estatutos voltados para a regulamentação da economia. Essa mudança de comportamento não decorreu necessariamente, porém, de uma súbita mudança de entendimento sobre o tema. De fato, contribuíram, e muito, as ameaças feitas pelo Presidente Roosevelt de alterar a regra de composição, uma vez que os estatutos e medidas de intervenção na economia, editados sob a égide do “*New Deal*”, vinham sendo reiteradamente limitados pela Corte. Verificou-se, portanto, a adoção de uma medida estratégica – “*autolimitação judicial*” (*judicial self restraint*) – com o nítido propósito de assegurar suas competências e prerrogativas<sup>75</sup>.

Como esclarece EGON BOCKMANN MOREIRA, também contribuiu decisivamente para essa mudança de rumos a nomeação do Juiz H. L.

---

*direito inglês e do período colonial, de julgar nula toda lei contrária à razão (reason), ao direito natural (natural justice), a esses grandes princípios fundamentais do contrato social (great first principles of the social compact)” – Le Système..., op. cit., p. 96 – bem como suas considerações sobre o Dred Scott’s Case – op. cit., p. 163-165. No original francês: “...héritée du droit anglais et de la période coloniale, à juger toute loi contraire à la raison (reason), au droit naturel (natural justice), à ces grands principes fondamentaux du contrat social (great first principles of social compact)”.*

<sup>74</sup> ALBERT KALES, **New Methods in Due-Process Cases**, p. 241, *Apud*, EDWARD CORWIN, **The Constitution...**, *op. cit.*, p. 463.

<sup>72</sup> De acordo com BERNARD SCHWARTZ – **Direito Constitucional Americano**, p. 183-187 – a Suprema Corte, em diversos julgados, negou validade às medidas em que se assentava o programa de recuperação da economia norte-americana. Considerando que seus planos estavam sendo rejeitados por uma maioria reduzida dos componentes da Suprema Corte, o Presidente Roosevelt resolveu não esperar que a “lei da morte” lhe desse a oportunidade de efetuar nomeações que possibilitariam a alteração daquela maioria. Tomando posse em seu segundo mandato, enviou ao Congresso um Plano de Reorganização da Corte, que consistia em dar aos juízes da Suprema Corte seis meses para se aposentar. Deixando de fazê-lo, o juiz poderia continuar no cargo, mas o Presidente poderia nomear um juiz suplementar. Roosevelt observou que, dentre os nove componentes da Suprema Corte, havia seis juízes que já tinham ultrapassado os setenta anos, o que lhe permitiria, imediatamente, nomear seis novos juízes suplementares, modificando, a seu critério, a maioria antes existente. Mesmo diante de severos protestos, a Suprema Corte reconheceu a sua fragilidade, e, diante dessa verificação, passou a evitar pronunciamentos constitucionais, formulando uma série de autolimitações no controle judicial de questões de constitucionalidade.

BLACK para a Suprema Corte, o qual se opôs “...*radicalmente ao controle de leis com lastro no juízo de que elas seriam ‘excessivas’, ‘caprichosas’, ‘contrárias a um senso fundamental de justiça civilizada’, ‘injustas’, ‘por chocarem a consciência’, etc. – expressões que lastreavam a aplicação do substantive due process of law*”<sup>76</sup>.

Assim, o devido processo legal substantivo deixou de ser invocado como uma garantia dos direitos de propriedade e de liberdade contra a regulamentação da economia pelo Estado. Entretanto, outros direitos passaram a ser protegidos contra a ausência de razoabilidade das leis editadas pelos Estados e pelo Congresso.

Mais uma vez, entra em cena o aspecto substantivo do devido processo, agora em favor das liberdades civis, desde aquelas reconhecidas no “*Bill of Rights*”, tal como a liberdade de expressão, até o reconhecimento de direitos não expressamente previstos no texto da Constituição, tais como questões relativas a gênero, raça, sexo e religião<sup>77</sup>.

Nesse contexto, a Emenda XIV desempenha um papel fundamental, notadamente no que tange à relação estabelecida entre a cláusula da “*equal protection*” (igual proteção) e o devido processo, assim como no que diz respeito à relação entre os direitos assegurados no “*Bill of Rights*” e aqueles por ela proclamados.

---

<sup>76</sup> **Processo Administrativo...**, *op. cit.*, p. 215-216. Sobre o tema, ampliar em EDWARD CORWIN – **The Constitution...**, *op. cit.*, p. 392-393.

<sup>77</sup> EDWARD CORWIN, **The Constitution...**, *op. cit.*, p. 389-390; 466. LAURENCE H. TRIBE, **American...**, *op. cit.*, p. 1362-1365. Vejam-se, sobre essa questão, ainda, os esclarecimentos de EGON BOCKMANN MOREIRA: “A Corte desenvolveu a tese de que liberdade e privacidade são aspectos complementares da autonomia individual, que a **common law** desde sempre protegeu contra avanços governamentais injustificados (desvinculados de um objetivo legítimo). O controle deslocou-se de sua pontual dimensão econômica para abranger proteção jurisdicional a ‘pensamentos, emoções e sensações pessoais, que exigem reconhecimento normativo’. Trata-se da compreensão de que a liberdade individual inclui direitos enumerados e não enumerados constitucionalmente – requisitos para o desenvolvimento e plenitude pessoais, sujeitos somente a regulação e proibição que promovam objetivamente o interesse público. Tais decisões da Suprema Corte reforçaram o conceito de que direitos não-enumerados estão enraizados na cláusula do devido processo legal (substancial e processual). Assim, a jurisprudência dirigiu-se a definir os direitos fundamentais em três dimensões básicas: (a) liberdade de pensamento, crença, consciência e palavra (I Emenda), (b) liberdade ou segurança da pessoa em seu próprio lar (IV Emenda) e (c) liberdade e privacidade pessoais que não tenham previsão normativa expressa (v. g., casamento, escolha do cônjuge, relações familiares, procriação, educação do próprio filho, relações sexuais, uso de contraceptivos, aborto e procura de tratamento médico pessoal)” – **Processo Administrativo...**, *op. cit.*, p. 217-218.



Voltamos, então, ao aspecto analisado no tópico anterior, que tratou da função institucional desempenhada tanto pelas dez emendas do “*Bill of Rights*” como pelas Emendas da Reconstrução, para tentar demonstrar o ponto em que os dois aspectos se mesclam e se confundem. Tratamos, agora, do processo de **incorporação dos direitos** constantes do “*Bill of Rights*” pela Emenda XIV, de modo a permitir que os direitos proclamados em 1791 pudessem ser exigidos contra os Estados da Federação.

Se durante o final do Século XIX prevaleceu o entendimento que limitava o alcance da Emenda XIV aos casos de segregação racial – “*Slaughter House’s Cases*” –, no Século XX, a discussão é bem outra. A Suprema Corte reconhece que a Emenda XIV permite o controle sobre os atos editados pelos governos dos Estados, o que abriu espaço, aliás, para o exame de constitucionalidade sobre os estatutos voltados para a regulamentação da economia.

A questão nova a ser enfrentada, entretanto, tratava da incorporação dos direitos proclamados no “*Bill of Rights*” pela Emenda XIV, acarretando, como conseqüência, que os atos editados pelos Estados encontrassem limites igualmente nas disposições do “*Bill of Rights*”.

Sobre essa questão, duas linhas de entendimento podem ser visualizadas. A primeira, referida ao *Justice* CARDOZO, fala em favor de uma **incorporação seletiva**<sup>78</sup>; enquanto a outra, defendida pelo *Justice* BLACK, defende a **incorporação total** dos direitos constantes do “*Bill of Rights*” pelos dispositivos da Emenda XIV<sup>79</sup>.

A questão parece estar superada nos dias de hoje. TRIBE, por exemplo, esclarece que a divergência entre os termos utilizados nas Emendas V e XIV – “*rights and liberties*” (direitos e liberdades) e “*immunities and privileges*” (imunidades e privilégios), respectivamente – não é capaz de produzir dúvidas quanto à incorporação dos direitos proclamados nas oito

---

<sup>78</sup> *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 324-325 (1937). *Apud* EDWARD CORWIN, **The Constitution...**, *op. cit.*, p. 476.

<sup>79</sup> *Adamson v. Califórnia*, 332 U. S. 46, 74-75 (1947). *Apud* E. CORWIN, **The Constitution...**, *op. cit.*, p. 477. Sobre o tema, vejam-se, também, as propostas de AKHIL REED AMAR – **The Bill...**, *op. cit.*, p. 215-230 – em favor de uma “*Refined Incorporation*” (incorporação refinada), bem como o exame realizado por ANDRÉ TUNC e SUZANNE TUNC – **Le Systéme...**, *op. cit.*, p. 242-246.

primeiras emendas. De outro lado, observa ainda o mesmo autor que tanto na *common law* como no pensamento da “*framing generation*” (geração constituinte), “...as palavras direitos, liberdades, privilégios e imunidades parecem ter sido utilizadas de modo intercambiável”. Assim, as referências a imunidades e privilégios constantes da Emenda XIV denotavam os direitos e liberdades constantes do “*Bill of Rights*”<sup>80</sup>.

Em última análise, portanto, é possível concluir que, não obstante a magnitude dos direitos enumerados na V Emenda, a Emenda XIV cumpriu um papel fundamental para o desenvolvimento da noção de devido processo legal. Como vimos, a Emenda XIV propiciou que os direitos enumerados no “*Bill of Rights*” fossem incorporados aos seus dispositivos, possibilitando, assim, que esses mesmos direitos fossem invocados contra os atos editados pelos governos estaduais e não mais apenas contra os departamentos de governo federais.

E esse é um dado essencial, pois, como explica CORWIN, a competência legislativa atribuída aos estados pela Constituição é muito mais ampla e genérica do que aquela atribuída à União, mais restrita e mais específica. Assim, era natural que os atos legislativos editados pelos estados viessem a colidir, em maior número de vezes, com os direitos e garantias dos cidadãos<sup>81</sup>.

De outro lado, a amplitude do significado dos dispositivos da Emenda XIV, notadamente a cláusula da “*equal protection*” (igual proteção), foi o elemento que deu espaço para a construção e afirmação tanto dos direitos constantes do “*Bill of Rights*” como de uma gama de direitos que não se encontram enumerados expressamente no texto constitucional<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> **American...**, *op. cit.*, p. 1302. No original inglês: “...the words rights, liberties, privileges, and imunities, seem to have been used interchangeably”.

<sup>81</sup> **The Constitution...**, *op. cit.*, p. 388.

<sup>82</sup> LAURENCE H. TRIBE, **American...**, *op. cit.*, p. 1302; 1362-1365; E. CORWIN. **The Constitution...**, *op. cit.*, 389-390. Para uma ampla análise sobre o a “*equal protection clause*” e sua relação com o devido processo: ERWIN CHEMERINSKY, **Constitutional Law...**, *op. cit.*, p. 762-889. ANDRÉ TUNC e SUZANNE TUNC, por sua vez, consideram não existir em todo o Texto Constitucional disposição mais importante do que a contida na segunda frase da 1ª Seção da XIV Emenda: “*Nenhum Estado irá editar ou aplicar qualquer lei venha a revogar os privilégios e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; bem como nenhum estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido*”

---

*processo legal; nem mesmo negará a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção do direito” – Le Systême..., op. cit., p. 229.*

## Capítulo 2

### Distinção entre os aspectos procedimental e substantivo do Devido Processo Legal

#### 2.1 Introdução

É comum, nas discussões em torno do devido processo legal, a preocupação em estabelecer a distinção entre os chamados **aspectos substantivo** e **adjetivo**. Parece tratar-se de uma etapa obrigatória na exposição do tema, exercício que deve ser necessariamente cumprido na exposição da matéria, pena de comprometimento da autoridade científica dos trabalhos.

Especialmente no que tange à doutrina nacional, verifica-se o esforço em torno da eleição e da exposição de critérios de classificação. Desde as origens e o desenvolvimento histórico, nos países da *common law*, até a suposta natureza dos direitos que se encontram albergados sob esse princípio.

A questão a ser enfrentada no presente capítulo diz respeito à **utilidade** dessa classificação. Ou seja, faz sentido nos dias de hoje insistir nessa distinção? Ou ainda – e talvez aqui resida o ponto mais importante – partindo-se do pressuposto de que essa distinção ainda se mostra útil, os critérios utilizados para caracterizar um ou outro aspecto do devido processo legal apresentam-se como adequados a essa tarefa?

Pretendemos, pois, revisitar esse tema, a fim de tentar responder aos questionamentos acima levantados, a partir da verificação de que os critérios dessa distinção se apresentam, à primeira vista, como inadequados.

Essa inadequação decorre, de um lado, da **não utilização** de um critério único para ambos os aspectos. Por exemplo, no que tange ao **aspecto adjetivo** do devido processo, **enumeram-se as garantias** que estariam associadas a esse instituto. No que respeita, porém, ao **aspecto substantivo**, leva-se em consideração a **incidência dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, proibição de excesso**, por exemplo, na aplicação do direito. É dizer: no que tange ao aspecto substantivo, não se leva em conta a natureza propriamente dita dos direitos tutelados, tal como ocorre no aspecto adjetivo.

Por outro lado, o constante recurso à análise histórica do instituto também dá ensejo a desconfortos. Em primeiro lugar, como já referimos no capítulo anterior, não nos parece a melhor opção a tentativa de resumir quase oitocentos anos de história em algumas páginas, fazendo-se referência pontual a determinados documentos ou fatos, que se encontram separados entre si, muitas vezes, por séculos de história. Em segundo lugar, as conclusões sobre o significado desses mesmos fatos e documentos apresentam-se como ambíguas e, muitas vezes, contraditórias.

Com efeito, é comum encontrar autores da maior suposição que não vacilam em afirmar que o instituto do devido processo, na sua origem, teve caráter nitidamente processual, enquanto outros autores, igualmente qualificados, atribuem ao instituto também um caráter substantivo. Porém, como igualmente tivemos a oportunidade de verificar, duas das vozes mais autorizadas do Direito inglês, COKE e BLACKSTONE, afirmaram que a célebre artigo 39 da Magna Carta expressava garantias tanto de ordem material como de ordem procedimental.

De todo modo, vale repetir a questão acima formulada: a distinção entre as noções de **aspecto substantivo** e **aspecto adjetivo** do devido processo legal, da forma como se apresenta, é suficiente para uma tentativa de compreensão do seu significado presente? No atual paradigma do Direito

Constitucional brasileiro, qual seria a relevância da manutenção dessa distinção? Existiria hoje uma verdadeira e significativa diferença entre esses dois aspectos a justificar a manutenção dessa discriminação?

A fim de que possamos responder satisfatoriamente a essas questões e a fim de que seja possível verificar se elas estão corretamente formuladas, trataremos de expor os pontos em que se apóia a distinção entre devido processo legal substantivo e devido processo legal adjetivo.

## **2.2. A distinção entre devido processo adjetivo e devido processo substantivo no direito norte-americano**

A exposição feita nos tópicos anteriores não se ocupou de estabelecer uma distinção entre “*procedural due process*” e “*substantive due process*” no direito norte-americano. Essa opção deve-se ao fato de termos verificado a inexistência de uma preocupação por parte da doutrina norte-americana de estabelecer uma classificação como ponto de partida para a compreensão do tema.

Com efeito, as distinções feitas parecem ter uma importância apenas secundária, incidental, voltadas apenas para destacar notas características de um ou outro aspecto. A doutrina norte-americana está mais preocupada com os aspectos práticos, com a análise das decisões da Suprema Corte e suas conseqüências no desenvolvimento do Direito Constitucional e da tutela dos direitos.

A fim de que possamos avançar na discussão proposta no início deste capítulo, no entanto, é necessário tratar, ainda que minimamente, dos critérios utilizados pela doutrina estadunidense, nas poucas vezes em que se preocupa em estabelecer uma distinção entre os aspectos adjetivo e substantivo do devido processo, o que nos permitirá extrair importantes conclusões. Para tanto, valemo-nos da exposição feita por CHEMERINSKY, que faz boa síntese desses elementos.

No que diz respeito aos critérios de distinção, esclarece o autor que o **devido processo procedimental** (“*procedural due process*”) refere-se aos **procedimentos** que o governo deve seguir, antes de privar uma pessoa da vida, liberdade ou propriedade. Por sua vez, o **devido processo substantivo** (“*substantive due process*”) diz respeito à existência de uma **adequada razão** para a privação dos direitos à vida, liberdade e propriedade<sup>83</sup>.

Quanto ao **aspecto substantivo**, especificamente, a verificação do cumprimento do devido processo depende muito da dimensão em que o ato questionado se encontra. Se se trata de uma **dimensão mais ampla**, a lei deve estar relacionada, racionalmente, a um legítimo propósito estatal. Mas, tratando-se de uma **dimensão mais específica**, quando estão em jogo, por exemplo, direitos fundamentais, “...o governo encontrará o devido processo somente se puder **provar** que a **lei é necessária** para cumprir com um **legítimo propósito governamental**”<sup>84</sup> (destaques nossos).

A autor ilustra com clareza essa distinção, ao considerar o entendimento da Suprema Corte no sentido de que **os pais têm legítimo direito a guarda dos filhos**. Neste sentido, o “*procedural due process*” exige que o governo deve permitir que os pais tenham **conhecimento claro** (“*notice and hearing*”) das **razões** e das **provas** que evidenciam a necessidade de revogar a custódia. Já no que tange ao “*substantive due process*”, considerando-se a custódia um direito fundamental, exige-se que o **governo demonstre que a sua revogação se constitui em um convincente propósito**, tal como a prevenção de abusos ou a falta de cuidados<sup>85</sup>.

Ou seja, o **devido processo adjetivo** exige que os pais tenham pleno conhecimento dos argumentos e elementos de prova apresentados pelo Estado, independentemente da análise sobre o seu conteúdo. Por outro lado, o **devido processo substantivo** exige que o Estado demonstre razões convincentes para a destituição da guarda dos filhos. Trata-se, portanto, de uma análise sobre o conteúdo dos argumentos e provas apresentados pelo Estado.

---

<sup>83</sup> ERWIN CHEMERINSKY, **Constitutional Law...**, *op. cit.*, p. 523.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 524. No original inglês: “...the government will meet substantive due process only if can prove that the law is necessary to achieve a compelling government purpose”.

<sup>85</sup> *Idem*.

Em outro exemplo, a distinção pode ser estabelecida no âmbito de um processo de responsabilidade civil. “*Procedural due process*” exige a existência de garantias tais como “**instruções ao júri para guiar a sua decisão**” e “**duplo grau de jurisdição a fim de garantir a razoabilidade da indenização**”. De outro lado, *substantive due process* previne contra “**excessos na fixação da indenização**”, independentemente da observância dos procedimentos<sup>86</sup>.

No primeiro caso, tratam-se de garantias voltadas para a garantia da correção do julgamento, independentemente do seu resultado. No segundo caso, trata-se de análise realizada sobre o conteúdo da decisão proferida pelo Júri, a fim de que se verifique a ocorrência, ou não, de excessos na indenização fixada.

Por fim, CHEMERINSKY distingue esses dois aspectos do devido processo levando em consideração o remédio pretendido pelo requerente, quando busca a **declaração de inconstitucionalidade de uma lei**. Se o autor pretende a declaração de inconstitucionalidade de uma lei em virtude da **ausência de garantias**, tais como “*notice and hearing*”, a questão envolve o **devido processo adjetivo**. Todavia, se a pretensão estiver dirigida à declaração de inconstitucionalidade em virtude de que a **ação estatal violou um direito fundamental**, entra em cena o **devido processo substantivo**<sup>87</sup>.

O último exemplo citado pelo autor já expõe um problema que diz respeito à noção de devido processo substantivo corrente na doutrina brasileira, quando o associa, de forma geral, ao **controle de constitucionalidade material** dos atos legislativos, o que será objeto de análise nos tópicos seguintes.

Porém, apressamo-nos em demonstrar que a Suprema Corte não se limita a examinar o controle de constitucionalidade de uma lei, no que diz respeito ao seu conteúdo, apenas e tão-só no que diz respeito à ofensa ao aspecto substantivo do devido processo legal, preocupando-se, igualmente, com a existência dos procedimentos assegurados na lei quando estão em jogo os direitos à vida, liberdade e propriedade.

---

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 524; 532.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 524.



Com efeito, a decisão proferida em *Fuentes v. Shavin* é um bom exemplo do que estamos a dizer. Nesse precedente, a Suprema Corte manifestou que antes de uma pessoa ser privada de sua propriedade, deveria ser-lhe assegurado “*notice and hearing*”, a qualquer tempo e de todas as maneiras.

O direito constitucional de ser ouvido é um dos aspectos básicos do dever governamental de seguir um processo justo de decisão quando seus atos pretendem privar uma pessoa de suas posses. **O propósito dessa exigência não é apenas assegurar abstratamente *fair play* ao indivíduo.** Seu propósito mais específico é proteger o uso e a posse da propriedade de invasões arbitrárias, para minimizar substantivamente privações injustas ou enganosas da propriedade... (destaque nosso)<sup>88</sup>.

Em linha de conclusão, é possível dizer que a distinção existente no direito norte-americano, entre os aspectos substantivo e adjetivo do devido processo, está fundada tanto na **natureza dos direitos** protegidos sob a cláusula do “*due process of law*” como na **modalidade de análise** realizada sobre as garantias inerentes a cada uma das espécies.

Assim, o devido processo adjetivo diz respeito à análise sobre a existência de garantias suficientes para que se tenha uma decisão justa; o devido processo substantivo volta-se para a análise do conteúdo dessas mesmas decisões.

Trata-se, contudo, de uma distinção empírica, realizada a partir da análise dos casos submetidos às cortes judiciais, que tem por finalidade primeira ressaltar determinadas características relativas à compreensão e à aplicação do instituto.

Nos tópicos seguintes do presente capítulo, trataremos da distinção feita especialmente pela doutrina de fora dos limites da “*common law*”, com

---

<sup>88</sup> 407 U.S. 67, 80 (1972). *Apud* EDWARD CORWIN, **The Constitution...**, *op. cit.*, p. 391. No original inglês: “*The constitutional right to be heard is a basic aspect of the duty of government to follow a fair process of decision making when it acts to deprive a person of his possessions. The purpose of this requirement is not only to ensure abstract fair play to the individual. Its purpose, more particularly, is to protect his use and possession of property from arbitrary encroachment, to minimize substantively unfair or mistaken deprivations of property...*”.

especial destaque ao tratamento dado ao tema pela doutrina brasileira, resgatando alguns dos elementos coligidos nas linhas antecedentes.

## **2.3 Distinção entre devido processo substantivo e adjetivo no direito brasileiro**

### **2.3.1 Introdução**

A partir dos elementos analisados no primeiro capítulo, assim como nas linhas desenvolvidas nos parágrafos anteriores, é possível perceber a inexistência de uma grande preocupação quanto à distinção entre os aspectos substantivo e adjetivo do devido processo nos países de onde esse instituto se originou. Tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, a referência a essa distinção assume caráter sempre secundário e incidental, inserida no contexto mais amplo e mais importante da explicação do significado da garantia. A idéia de que o devido processo legal representa, desde a sua origem, uma limitação ao exercício arbitrário do poder governamental é o foco principal da atenção.

Curiosamente, fora do âmbito da “*common law*”, a distinção parece ocupar um lugar de maior destaque. Como já referimos, parece ser um exercício obrigatório, indispensável à exposição e à compreensão do assunto.

Há muitos fatores que poderiam explicar esse fenômeno. Desde a forte influência da vertente **romano-germânica** de nosso direito, preocupada em definir a **natureza jurídica** dos institutos, até mesmo o fato de que o artigo 5º, LIV, da Constituição de 1988, constitui a primeira manifestação expressa e literal desse princípio em nosso Direito.

Nesse sentido, veja-se, a título de ilustração, que, até a promulgação da Constituição Federal vigente, são muito raros os trabalhos na doutrina brasileira que se dedicam a falar sobre o aspecto substantivo do devido

processo legal<sup>89</sup>. No entanto, um dos seus principais aspectos, que está relacionado com o controle do conteúdo dos atos legislativos, era correntemente tratado pela jurisprudência brasileira sob o prisma do “desvio de poder legislativo”, com especial à **razoabilidade**, geralmente associada ao devido processo substantivo, como demonstra GILMAR FERREIRA MENDES<sup>90</sup>.

De acordo com esse autor, que examina detalhadamente a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema da **razoabilidade** e **proporcionalidade** das leis, o julgamento da **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855**, que teve como relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, realizado em 1º de julho de 1993, teria sido o precedente que veio “...consolidar o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade como postulado material autônomo que tem a sua sede material no dispositivo constitucional sobre o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV)”. Com efeito, é possível concordar com as conclusões de GILMAR MENDES, especialmente a partir da leitura dos trechos do voto proferido pelo Ministro MOREIRA ALVES por ele transcritos<sup>91</sup>.

A partir do precedente acima citado, o Supremo Tribunal Federal passa a desenvolver, com maior clareza e profundidade, a relação entre os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade com o aspecto substantivo do devido processo. Veja-se, por exemplo, o acórdão proferido no julgamento da **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1063**, realizado em 18 de maio de 1994, que teve como relator o Ministro CELSO DE MELLO. Colhe-se da ementa o seguinte trecho:

**SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E FUNÇÃO LEGISLATIVA:** 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**

---

<sup>89</sup> Constituem importantes exceções à regra os trabalhos de ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA – **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 23-31; 183-201 – e SAN TIAGO DANTAS – Igualdade perante à lei e *Due Process of Law*, in **Problemas de Direito Positivo: estudos e pareceres**, p. 37-64.

<sup>90</sup> **Controle de Constitucionalidade das Leis**, p. 38-54; **Hermenêutica e Direitos Fundamentais**, p. 251-275. Vejam-se, ainda, as lições de CAIO TÁCITO – O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e judiciais, in **Temas de Direito Público**, v.1, p. 187-193.

<sup>91</sup> **Hermenêutica Constitucional...**, *op. cit.*, p. 261-263.

**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 doutrinário de CAIO TÁCITO. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do “*substantive due process of law*” (destaques nossos) <sup>92</sup>.

Nesses termos, parece lícito supor que a preocupação em se realizar a distinção entre o aspecto adjetivo e o aspecto substantivo do devido processo legal é uma das conseqüências da promulgação do texto constitucional vigente que, como ressaltamos logo no início do presente trabalho, inscreveu pela primeira vez, de modo expresso, essa histórica cláusula no Direito Constitucional brasileiro.

Vejamos, pois, a seguir, como a doutrina nacional distingue os chamados aspectos adjetivo (procedimental) e substantivo (material) do devido processo legal, advertindo que por ora interessa-nos apenas enumerar as elementos utilizados para essa distinção, sem a preocupação de discorrer sobre o seu significado.

### **2.3.2 Devido processo substantivo**

A noção de devido processo legal substantivo está intimamente relacionada com o exame de **razoabilidade** e de **proporcionalidade** dos atos do Poder Público, quando esses atos estão dirigidos à restrição de **direitos materiais** assegurados aos indivíduos.

Tratando do tema sob a rubrica do Princípio da **Proibição do Excesso**, CANOTILHO explica que “*na qualidade de regra de razoabilidade – rule of reasonableness – desde cedo começou influenciar a jurisprudência dos países de ‘Common Law’*. *Através da regra da razoabilidade, o juiz*

---

<sup>92</sup> Diário da Justiça da União de 27 de abril de 2001, p. 57.

*tentava (e tenta) avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de fato e a regra do precedente*<sup>93</sup>.

Para OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI, a idéia de devido processo substantivo está associada ao “...*princípio de razoabilidade das leis e outras normas ou atos públicos, ou ainda privados, como requisito de sua própria validade constitucional*”; relacionando-se, também, com o “...*sentido de justiça nela contido, o qual implica, a sua vez, o cumprimento de exigências fundamentais de eqüidade, proporcionalidade e razoabilidade*”<sup>94</sup>. Como se pode ver, a análise realizada pelo autor abre espaço para o **contraste** entre o **conteúdo** dos atos editados por quaisquer órgãos do Poder Público, assim como daqueles oriundos dos particulares, com o conteúdo da Constituição.

Nessa linha de entendimento, FABIO BRUN GOLDSHIMIDT identifica o devido processo substantivo com a **proteção material** de direitos garantidos constitucionalmente. Os conceitos de razoabilidade, proporcionalidade e devido processo substantivo estariam entrelaçados, complementando-se mutuamente de forma a estabelecer a moldura dessa garantia<sup>95</sup>.

Analisando o desenvolvimento do instituto, na doutrina e jurisprudência norte-americanas, DANIEL SARMENTO igualmente se refere à relação existente entre devido processo legal substantivo e os princípios da **Razoabilidade** e da **Proporcionalidade**<sup>96</sup>. De igual modo, VERA SCARPINELLA BUENO conclui que a doutrina do devido processo legal substantivo “*sempre esteve e ainda está associada a alguma questão que envolva a privação desarrazoada, por um ato governamental (estadual), da vida, da liberdade ou da propriedade de um cidadão*”<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 6.ed., p. 267.

<sup>94</sup> **Debido Proceso**, p. 20-21. No original espanhol: “...*principio de razonabilidad de las leyes y otras normas y actos publicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional (...)* “...*sentido de justicia contido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad*”.

<sup>95</sup> **O Princípio do Não-Confisco no Direito Tributário**, p. 215.

<sup>96</sup> **Ponderação de Interesses na Constituição Federal**, p. 86-87.

<sup>97</sup> Devido Processo Legal e a Administração Pública no Direito Administrativo Norte-Americano, in Lucia Valle Figueiredo (Org.), **Devido Processo Legal na Administração Pública**, p. 28.

Em linha de coerência com os autores acima citados, MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA e RAQUEL DENIZE STUMM<sup>98</sup> associam o devido processo substantivo aos princípios da **Razoabilidade** e da **Proporcionalidade**.

A exposição feita até o presente momento demonstra que a idéia de devido processo substantivo é normalmente relacionada com os princípios da **Proporcionalidade** e da **Razoabilidade** dos atos do Poder Público, especialmente quando eles se dirigem à instância dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

De outro lado, os autores até aqui consultados não deixam dúvidas de que a garantia do devido processo substantivo seria oponível a **todos os “poderes”** do Estado. Porém – **e essa é uma característica tida como importante do devido processo substantivo** – atribui-se especial destaque ao **controle de constitucionalidade dos atos legislativos**. É dizer, o exame de **proporcionalidade** e **razoabilidade** desses atos, levando-se em conta os direitos garantidos no texto constitucional. Assim, a noção de devido processo legal substantivo está plenamente inserida no âmbito do controle judicial da constitucionalidade das leis, no que tange ao seu aspecto material; ou seja, quanto à verificação de conformidade do conteúdo dos atos legislativos com o conteúdo da Constituição.

Nesse sentido, de acordo com CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, o controle de constitucionalidade material das leis circunscreve-se ao exame de duas questões fundamentais. A primeira diz respeito à verificação do cumprimento da **finalidade** instituída pelo texto constitucional, sendo que o seu descumprimento acarreta **desvio de finalidade** do ato legislativo. Em relação à segunda questão, verificado que o ato legislativo cumpriu a finalidade prevista na Constituição, o ato inquinado “...*ofende a normativa constitucional por fazê-lo de modo inapropriado, desnecessário, desproporcional ou, em síntese, de modo não razoável*”<sup>99</sup>. Essa segunda vertente de investigação,

---

<sup>98</sup> **Devido...**, *op. cit.*, p. 273-280; RAQUEL DENIZE STUMM, **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**, p.173.

<sup>99</sup> **Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2.ed., p. 45.

segundo o autor, relaciona-se com o Princípio da Proibição de Excesso e, em última análise, com o **aspecto substantivo do devido processo legal**<sup>100</sup>.

OSCAR VILHENA VIEIRA, por sua vez, anota que o conceito de devido processo substantivo “...*significa entregar ao âmbito não-majoritário do Poder Judiciário a competência para analisar se as escolhas realizadas pelo Parlamento ou pelo Executivo, no seu campo de discricionariedade, afetam de forma não-razoável ou desproporcional um direito assegurado pela Constituição*”<sup>101</sup>.

O autor destaca ainda a questão relativa à tensão entre os valores do constitucionalismo e da democracia, tendo em vista justamente essa mesma apreciação **não-majoritária** dos atos do legislativo e do executivo, concluindo que a idéia de devido processo substantivo está intimamente conectada com a noção de **Estado de Direito**. Noção essa que deve ser compreendida não apenas no seu **sentido formal**, “...*como governo e leis e procedimentos concebidos para a determinação de condutas dos indivíduos*”<sup>102</sup>; mas, sobretudo, em **sentido material**: “*Estado limitado pelos direitos fundamentais reconhecidos aos indivíduos por uma Constituição rígida capaz de impor limites jurídicos à vontade política*”<sup>103</sup>.

Em estudo voltado a destacar especificamente o questão relativa à **razoabilidade das leis**, CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO acentua que, não obstante o fato do **cânone da razoabilidade** não ter sido expressamente referido no texto da Constituição vigente, “...*o postulado da ‘razoabilidade das leis’ promana forçosamente da aplicação do caráter ‘substantivo’ (substantive due process) da cláusula do devido processo legal, a ser empreendida com criatividade e senso de justiça pelos órgãos incumbidos da salvaguarda da supremacia da Constituição, máxime, aqueles integrantes do Excelso Poder Judiciário*”<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 47, na nota de rodapé nº 70. A respeito do tema, o autor traz à baila considerações de vários doutrinadores, ressaltando também a estreita vinculação entre a idéia de **proporcionalidade** e o princípio jurídico da **Igualdade**.

<sup>101</sup> **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**, p. 482.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 483.

<sup>103</sup> *Idem*.

<sup>104</sup> **O devido processo...**, *op. cit.*, p. 380-381.

O entendimento manifestado pela doutrina brasileira encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, manifestada em numerosos julgados. Veja-se, à guisa de ilustração, trecho da ementa do acórdão proferido no julgamento da **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI-MC 1407-DF**, que teve como relator o Ministro CELSO DE MELLO.

**...VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS – PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA – RESPEITO À CLÁUSULA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW.** – 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 do 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 inauguração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador<sup>105</sup>.

Como se pode ver, muito embora no caso trazido à discussão o STF tenha considerado que, em princípio, o ato normativo atacado guardava conformidade com o conteúdo da Constituição, a fundamentação exposta pelo Ministro CELSO DE MELLO não deixa margem a dúvidas quanto à identificação do **aspecto substantivo** do devido processo com os princípios da **Razoabilidade** e da **Proporcionalidade**. Tratam-se, portanto, de verdadeiros limites para a atuação do Estado, especialmente no âmbito da sua atividade legislativa, bem como quanto à possibilidade de controle dos atos legislativos pelo Judiciário, a partir desses próprios limites.

---

<sup>105</sup> Diário da Justiça da União, 24 de novembro de 2000, p. 86.



Convém, neste ponto, trazer à baila o pensamento de PAULO FERNANDO SILVEIRA, para quem o exame de **razoabilidade** e **proporcionalidade**, realizado sob a luz do **aspecto material** do devido processo, constitui um *plus* em relação ao controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Judiciário, ressaltando que essa análise não fica limitada à verificação de conformidade da lei com a Constituição. O devido processo substantivo significa que o “...o governo não pode interferir em determinadas áreas sensíveis do direito, notadamente no que concerne aos direitos fundamentais, sem a comprovação prévia, real e concreta, da existência de um sobrepujante interesse público, que o compele, coativamente, a agir, restringindo direitos, sem, contudo, os anular completamente” (sic)<sup>106</sup>.

A análise do aspecto substantivo do devido processo legal comporta, ainda, mais uma observação. Há autores que relacionam a questão atinente à **razoabilidade** das leis ao princípio da **Igualdade**. Assim procede, por exemplo, SAN TIAGO DANTAS. Muito antes da edição da Constituição de 1988, o autor considerou que a lei em sentido formal deve obrigatoriamente ser dotada das características de generalidade e abstração. Estariam em rota de colisão com o “*substantive due process*”, portanto, as regras editadas em desacordo com o Princípio Isonômico<sup>107</sup>.

A relação entre o Princípio da Isonomia e o devido processo legal substantivo vê-se acolhida, igualmente, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Veja-se, a propósito, trecho da ementa do Acórdão proferido no julgamento da **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI-MC 1975-DF**, que teve como relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.

...2. É densa, porém, a plausibilidade da alegação de ofensa ao princípio da igualdade na lei – e, também, se se quiser, do **substantive due process of law** – uma vez que, sem abolir a promoção e a progressão por antiguidade, a norma questionada, só para determinada parcela dos servidores públicos – eis que dela excluídos, além dos diplomatas e os militares, do Executivo, e

---

<sup>106</sup> **Devido Processo Legal**, p. 245.

<sup>107</sup> Igualdade perante a lei e *due process of law*. **Problemas de Direito Positivo: estudos e pareceres**, p. 37-64.

os funcionários do Legislativo e do Judiciário – manda desconsiderar um ano de seu tempo de serviço: discriminação arbitrária...<sup>108</sup>.

Em última análise, portanto, pode-se dizer que o conceito de devido processo legal substantivo está efetiva e estreitamente ligado aos princípios de Razoabilidade e Proporcionalidade dos atos do “Poder” Público, notadamente quando estão dirigidos à restrição de direitos fundamentais assegurados aos cidadãos. Dentre os atos passíveis de controle sob o foco do aspecto material do devido processo, destacam-se os atos legislativos, cuja aferição de obediência ao devido processo dá-se também através do controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário.

Vejamos, a seguir, as características alinhadas em relação ao aspecto procedimental do devido processo legal.

### 2.3.3 O caráter procedimental do devido processo legal

Sob o ponto de vista procedimental, o devido processo legal está geralmente associado ao exercício da jurisdição e às garantias processuais inerentes a essa função. Nesse sentido, segundo a doutrina tradicional, o princípio reporta-se aos procedimentos que devem ser obedecidos pelo Estado quando se encontram em jogo os direitos relativos à liberdade e à propriedade. É dizer, quando se pretende restringir ou mesmo revogar os direitos de liberdade ou de propriedade dos cidadãos, o “Poder” Público deverá atender determinadas **formalidades**, seguir certos ritos, considerados como verdadeiras garantias de ordem processual<sup>109</sup>.

Para NELSON NERY JUNIOR, por exemplo, é unicamente sob o prisma procedimental que a doutrina brasileira tem tratado do instituto: “...a cláusula **procedural due process of law** nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se

<sup>108</sup> Diário da Justiça da União, 14 de dezembro de 2001, p. 22.

<sup>109</sup> “A indicação das **formas adequadas** para aportar nos fins buscados define o **modus procedendi** obrigatório para o Poder Público...” – ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO – “...com o quê sua atuação fica inserida na intimidade de uma trilha cujo percurso correto é a maior garantia para o cumprimento dos bens jurídicos que o Estado de Direito visa resguardar” – **Curso de Direito Administrativo**, 20.ed., p. 106.

do modo mais amplo possível, isto é, de ter **his day in Court** (seu dia na Corte)...”<sup>110</sup>.

No mesmo sentido, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO associam o devido processo legal à ocorrência de um procedimento adequado. Trata-se do “...conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro lado, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”<sup>111</sup>. Esse pensamento é compartilhado por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, para quem o direito ao devido processo compreende a “...**completa proteção jurídica**, ou seja, a uma adequada proteção sempre que necessitar de ser **ouvido em juízo**”<sup>112</sup>.

Por sua vez, o Ministro CELSO DE MELLO, muitos anos antes da promulgação da Constituição de 1988, já considerava o devido processo legal associado a uma série de garantias processuais, relacionadas com a **Tutela Judicial da Liberdade**<sup>113</sup>.

O Constituinte de 1988, no entanto, ao tratar das garantias do contraditório e da ampla defesa, no inciso LV, do artigo 5º., optou por deixar explícito no texto constitucional que esses direitos aplicavam-se tanto aos processos judiciais como aos administrativos. A doutrina brasileira não demorou para estabelecer a necessária relação entre esses dispositivos e o devido processo legal, a fim de deixar longe de dúvidas que essas e outras garantias constitucionais, antes associadas apenas ao exercício da jurisdição, passavam a incidir igualmente no âmbito do Direito Administrativo<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 8.ed., p. 70.

<sup>111</sup> **Teoria Geral do Processo**, 23.ed., p. 88. No mesmo sentido: JOSÉ AFONSO DA SILVA, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24.ed., p. 431-432; ANDRÉ RAMOS TAVARES, **Curso de Direito Constitucional**, 2.ed., p. 508; ARTUR CÉZAR SOUZA, **Contraditório e Revelia**, p. 171.

<sup>112</sup> A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil. **Revista dos Tribunais**, nº 665, p. 14.

<sup>113</sup> JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, A Tutela Judicial da Liberdade, **Revista dos Tribunais**, nº 526, p. 291-302.

<sup>114</sup> CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 103-107. LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, Estado de Direito e Devido Processo Legal. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 15, p. 35-44. DINORAH ADELAIDE GROTTI, Processo Legal e o Procedimento Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público** nº 18, p. 34-43. ROMÉU FELIPE BACELLAR FILHO. **Princípios Constitucionais do Processo**

Dentre as garantias constitucionais geralmente associadas ao aspecto procedimental do devido processo, podemos enumerar as seguintes: *contraditório e ampla defesa* - artigo 5º., LV; *igualdade* - artigo 5º., *caput*, e inciso I; *legalidade* - artigo 5º., II; *direito a informações dos órgãos públicos* - artigo 5º., XXXIII; *direito de petição* - artigo 5º., XXXIV; *livre acesso ao judiciário* artigo 5º., XXXV; *juiz natural* - artigo 5º., XXXVII e LIII; *júri* - artigo 5º., XXXVIII; *legalidade penal* - artigo 5º., XXXIX; *anterioridade penal* - artigo 5º., XL; *pessoalidade das sanções* – artigo 5º., XLV; *individualização da pena* - artigo 5º., XLVI; *proibição de provas ilícitas* - artigo 5º., LVI; *presunção da inocência* - artigo 5º., LVII; *duração razoável do processo* - artigo 5º., LXXVIII - , dentre outras asseguradas no artigo 5º., da Constituição.

Destaque-se, também, o *dever de motivar as decisões*, expresso no artigo 93, IX e X, que, muito embora esteja referido às sentenças judiciais e às decisões administrativas dos tribunais, estende-se, igualmente, às decisões administrativas.

Como se pode verificar, a compreensão do devido processo legal sob o ponto de vista procedimental passa obrigatoriamente pela análise das garantias de natureza processual esculpidas no texto constitucional, que, na opinião de MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA, têm por finalidade “...ordenar o procedimento e diminuir ao máximo o risco de intromissões errôneas nos bens tutelados”<sup>115</sup>.

Do que até aqui foi exposto, pensamos haver demonstrado minimamente os pontos em que se apóia a noção corrente na doutrina brasileira quanto aos critérios de caracterização do devido processo legal, no seu aspecto procedimental.

No tópico seguinte, trataremos de fazer uma reflexão mais profunda sobre esses critérios, bem assim sobre aqueles expostos anteriormente, que dizem respeito à compreensão do devido processo sob o prisma substantivo.

---

**Administrativo Disciplinar**, p. 223-228. FÁBIO MEDINA OSÓRIO. **Direito Administrativo Sancionador**, 2.ed., p. 203. DANIEL FERREIRA, **Sanções Administrativas**, p. 103-104.

<sup>115</sup> **Devido...**, *op. cit.*, p. 200.

## 2.4 Crítica à distinção entre devido processo substantivo e adjetivo

### 2.4.1 Introdução

Antes de mais nada, é preciso esclarecer que o propósito da crítica realizada neste capítulo é unicamente passar em revista os elementos necessários para que se proceda a uma maior aproximação ao tema do presente trabalho e às idéias que pretendemos desenvolver. É, sem dúvida, através da exposição e da revisão as noções anteriormente expostas, ou até mesmo pela sua apropriação, que será possível entender os passos futuros, indicar outros elementos e outras idéias, que já se fazem presentes, a fim de que possamos continuar o percurso dando mais um passo à frente.

Cabe referir, aliás, que a própria concepção de devido processo substantivo, no direito norte-americano, não está imune a críticas. Dentre as mais conhecidas e contundentes, encontra-se a oposição de JOHN HART ELY, a qual se encontra inserido em um âmbito de questionamento mais amplo, dirigido ao controle de constitucionalidade das leis.

É, com efeito, um pouco incômodo sugerir que um texto é informativo “quando tantas pessoas, durante tanto tempo, o consideraram como evocativo”, mas não podemos evitar o fato de que a palavra que segue a “devido” é “processo”. Não há evidência de que “processo” signifique algo diferente do que significava há um século – de fato, como o indiquei, o registro histórico indica mais bem o contrário – e necessitar-se-ia mais que um uso aberrante ocasional para estabelecer que aqueles que ratificaram a a emenda quatorze tinham uma definição excêntrica dessa palavra em mente. A familiaridade gera falta de atenção e, ao que parece, é preciso que nos recordem periodicamente que **“devido processo substantivo” é uma contradição em termos, algo assim como “verde pastel vermelho”** (destaque nosso)<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> **Democracia y desconfianza: Una teoría del control de constitucionalidad**, p. 36-37. No original espanhol: “*Es, en efecto, un poço incómodo sugerir que un texto es informativo “cuando tantas personas, durante tanto tiempo, lo han considerado como meramente evocativo”, pero no podemos evitar el hecho de que la palabra que sigue “debido” es “proceso”. No hay evidencia de que “proceso” signifique algo diferente de lo que significaba hace un siglo – de hecho, como lo he indicado, el registro histórico indica más bién lo contrario – y se necesita más que un uso aberrante ocasional para establecer que quienes ratificaron la emienda decimocuarta tenían una definición excéntrica de esta palabra en mente. La familiaridad genera falta de atención y, al parecer, es preciso que nos*”

Em resposta à crítica de ELY, encontramos o pronunciamento de TRIBE, que observa que se deve recordar que a expressão seguinte à “*due process*”, em língua inglesa, é “*of law*”, cujo significado, segundo ele, de acordo com razoáveis argumentos históricos, é substantivo<sup>117</sup>.

#### 2.4.2 Elementos históricos

Como já referimos anteriormente, a análise do desenvolvimento histórico do devido processo legal permite concluir pela inexistência da preocupação em estabelecer uma distinção entre os aspectos adjetivo e substantivo do “*due process of law*”, nos países da “*common law*”. As preocupações estão voltadas, com efeito, para a compreensão do instituto, das garantias oferecidas e dos direitos protegidos. Pareceu-nos, portanto, que a distinção tem caráter incidental e secundário.

A “análise histórica”, antes realizada, permitiu verificar, ainda, a ambigüidade da garantia do devido processo, considerando os seus aspectos procedimental e substantivo. No entanto, o que desde logo fica estreme de dúvidas é a verificação de que o devido processo, desde a sua origem mais remota, sempre foi entendido como um importante instrumento contra o exercício arbitrário da autoridade governamental, seja ela exercida pelo rei ou pelo parlamento, como na Inglaterra, ou, ainda, pelos departamentos de governo – legislativo, executivo e judiciário – federal ou estaduais, como nos Estados Unidos.

Nesse sentido, tratando especialmente da questão relativa ao controle de constitucionalidade **material** dos atos legislativos, é possível concluir que não se trata de uma característica exclusiva do “*substantive due process*”. Desde a Idade Média, verificamos a possibilidade de declaração de nulidade dos atos legislativos que abriam espaço para a privação de direitos sem que fosse assegurada a observância de garantias de natureza processual, tal

---

*recuerden periódicamente que “debido proceso sustantivo” es una contradicción en los términos, algo así como “verde pastel rojo”.*

<sup>117</sup> **American...**, *op. cit.*, p. 1333.

como “*notice and hearing*”, isto é, o pleno conhecimento dos argumentos e provas apresentados pelo Estado quando pretende privar o indivíduo de seus direitos. Verificaram-se, igualmente, decisões que buscaram garantir direitos, independentemente da observância a determinados procedimentos.

As decisões proferidas por Lorde COKE constituem bons exemplos do que estamos a referir. A decisão proferida no “*Dr. Bonham’s Case*”, de 1610, é um exemplo claro de invalidação de uma lei que, ao permitir que alguém fosse juiz em causa própria, contrariava garantias processuais compreendidas na cláusula “*law of the land*”. Já as decisões proferidas no “*Case of Monopolies*” (Caso dos Monopólios), de 1603, e no “*Case of the Taylors*” (Caso dos Alfaiates), de 1615, concluíram que a concessão de monopólios era contrária à “*common law*”, sendo que COKE, em seus “*Institutes*”, referiu-se à concessão de monopólios como sendo algo contrário ao direito de liberdade garantido pela cláusula “*by the law of the land*”.

Considerações semelhantes podem ser feitas no âmbito da “*judicial review*” no direito norte-americano. Muito antes do período em que o devido processo substantivo teve o seu auge (1900-1937), é possível identificar a ocorrência de decisões que privilegiavam o sentido substantivo da cláusula do devido processo legal. “*Dred Scott (The Infamous Decision)*” é o caso que mais característico. Por outro lado, “*Dartmouth College v. Woodward*”, “*Murray v. Hoboken Land Improvement Company*” e “*Fuentes v. Shavin*” são bons exemplos de **controle material de constitucionalidade** de atos legislativos, relativo à existência ou não de garantias processuais.

Em última análise, portanto, a análise histórica não permite afirmar que, na sua origem, o devido processo legal teve nítido caráter procedimental ou substantivo. Segundo entendemos, porém, a conclusão mais importante a que se pode chegar é no sentido de que **não há** uma necessária identificação entre o controle substancial de constitucionalidade dos atos legislativos e o devido processo substantivo, muito embora durante determinado período de tempo, na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, essas idéias estivessem intimamente associadas.

### 2.4.3 Ausência de critérios uniformes

A distinção entre o devido processo adjetivo e o substantivo utiliza-se de critérios distintos para a caracterização desses diferentes matizes do princípio ora em discussão.

Com efeito, verificamos que a caracterização do devido processo, sob o prisma substantivo, leva em consideração os princípios da **Razoabilidade** e da **Proporcionalidade**, enquanto que a definição do devido processo, sob o ponto de vista procedimental, leva em consideração a **natureza dos direitos**, propriamente dita, dos direitos que se encontram albergados sob essa cláusula.

Tratam-se, evidentemente, de critérios distintos. No primeiro caso, utiliza-se a incidência de **metanormas**. Normas de dizem respeito à aplicação de outras normas pelo intérprete. No segundo caso, são **enumeradas as garantias constitucionais de natureza processual**.

Ou seja, há evidente falta de uniformidade na utilização dos critérios de distinção. Para que se obtivessem melhores resultados, deveria haver a utilização de um critério único. Por exemplo, para uma classificação dos seres humanos, podemos nos utilizar de vários critérios, desde que respeitemos a eleição de um único critério tendo em vista a finalidade da classificação. Nacionalidade, sexo, idade etc.

### 2.4.4 Critérios equívocos ou equívocos quanto aos critérios

Ainda no que diz respeito aos critérios utilizados para a distinção, a doutrina e a jurisprudência brasileiras tendem a repetir, sem maiores questionamentos, a idéia de que o devido processo substantivo está relacionado aos princípios da Razoabilidade e de Proporcionalidade.

Como adiantamos no tópico anterior, tratam-se de metanormas, que se situam “...num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras”, esclarece HUMBERTO ÁVILA, que, mais adiante, complementa: “*Só elípticamente é que se pode afirmar que são*



*violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser aplicadas”<sup>118</sup>.*

No mesmo sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS incluem os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade entre os **princípios instrumentais da interpretação constitucional**, os quais “...constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução da questão proposta. Nenhum deles encontra-se expresso na Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência”<sup>119</sup>.

Essas explicações são suficientes para demonstrar, por ora, o equívoco de se referir aos princípios da **Proporcionalidade** e da **Razoabilidade** como elementos caracterizadores, unicamente, do devido processo substantivo. Tratando-se de **postulados normativos**, como prefere HUMBERTO ÁVILA, ou de **princípios instrumentais de interpretação constitucional**, de acordo com LUIS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS, é lícito supor que proporcionalidade e razoabilidade se aplicam indistintamente aos aspectos substantivo e adjetivo do devido processo legal, como instrumentos úteis ao processo de interpretação.

Assim, por exemplo, o deferimento ou indeferimento da produção de determinadas provas, no curso do processo, ou ainda a instituição ou o aumento de tributos, constituem-se em decisões emanadas do “Poder” Público que devem ser proferidas com a utilização e a observância dos princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Em última análise, portanto, quer parecer-nos que se trata de um elemento comum a ambos os matizes do devido processo legal. Tratando-se de normas de segundo grau, não faz sentido referi-las apenas ao aspecto substantivo do devido processo, como seu elemento particularmente

---

<sup>118</sup> **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 6.ed., p. 122.

<sup>119</sup> O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro, *in* **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, p. 359.

caracterizador, deixando de fazer qualquer referência a esses princípios quando o assunto gira em torno do devido processo adjetivo.

#### 2.4.5 Ampliar os horizontes de compreensão

Nos itens anteriores, procuramos demonstrar que a distinção entre devido processo substantivo e adjetivo não se apóia em critérios úteis para a sua compreensão. Desse fato não decorre, necessariamente, a completa inutilidade da distinção. Com efeito, a separação mostra-se útil sob o ponto de vista didático, como observa EGON BOCKMANN MOREIRA, notadamente no que diz respeito ao estudo das diversas etapas cumpridas no curso do desenvolvimento histórico<sup>120</sup>.

É necessário considerar, no entanto, outras possibilidades. A noção do devido processo legal como limite ao exercício arbitrário do poder está intimamente ligada à idéia de Estado de Direito. E dentro desse contexto, a distinção entre devido processo adjetivo e substantivo ainda faz algum sentido.

Porém, inserido em outro contexto, o devido processo legal pode ser compreendido com outros matizes, sem que isso implique abandonar as idéias que até aqui foram relacionadas a esse princípio. Na perspectiva do Estado Democrático de Direito, proclamado no artigo 1º, *caput*, da Constituição de 1988, a distinção perde sua razão de ser, pois direitos que poderiam ser reconduzidos ao seu aspecto material, tais como liberdade e propriedade, estão em pé de igualdade com direitos que, tradicionalmente, eram visualizados “apenas” como garantias processuais.

---

<sup>120</sup> **Processo Administrativo...**, *op. cit.*, 260-261: “Reafirmando o já consignado: o aspecto processual do due process of law é indissociável de sua superfície substancial. Não se pode compreender a cláusula, depois de toda a evolução histórica por ela transposta, como realidade passível de cisão. Ao contrário: a interpretação parcial só tem utilidade histórica e/ou didática. A dicotomia perdeu sentido, e caso não existisse todo o passado medieval da cláusula a discussão substancial-processual nem sequer seria posta. Em suma, e irremediavelmente, a garantia do art. 5º, LIV, da CF, engloba incidíveis aspectos ‘processuais’ e ‘substanciais’. Isso porque (a) a compreensão genérica do due process of law assim o impõe; (b) a evolução histórica da cláusula não permite a exclusão na dicção genérica da garantia; (c) não foi feita a diferenciação no corpo do texto constitucional, o que vedaria ao intérprete estabelecê-la sponte própria; e (d) o princípio da máxima eficácia proíbe a interpretação restritiva de normas constitucionais que estabelecem direitos e garantias”.

Direitos como **ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, juiz natural, motivação das decisões**, entre outros, estão umbilicalmente relacionados com a **cidadania**, com o **pluralismo político** e com a **dignidade da pessoa humana**, que se constituem em fundamentos do Estado Democrático de Direito, consoante dicção dos incisos II, III e V do artigo 1º da Constituição Federal.

Sob esse prisma, o devido processo legal constitui-se em uma das mais importantes normas do ordenamento jurídico quando se está a falar na produção de decisões legítimas por parte dos “Poderes” Públicos.

## Capítulo 3

### Características gerais do Estado Democrático de Direito

#### 3.1 Introdução

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 proclama que a **República Federativa do Brasil** se constitui em **Estado Democrático de Direito** e tem como **fundamentos** a **soberania**, a **cidadania**, a **dignidade da pessoa humana**, os **valores sociais do trabalho** e da **livre iniciativa** e o **pluralismo político**. Em seu parágrafo único estabelece, ainda, que **todo o poder emana do povo**, que o **exerce** por meio de **representantes eleitos** ou **diretamente**, nos termos da Constituição.

Os dispositivos acima citados constituem-se nos **princípios políticos constitucionalmente conformadores** do ordenamento jurídico brasileiro – de acordo com a classificação proposta por CANOTILHO – que expressam as **decisões políticas fundamentais** adotadas pelo legislador constituinte<sup>121</sup>.

Decorre imediatamente desse caráter **estruturante** que todas as demais normas constitucionais e infraconstitucionais devem ser interpretadas de acordo com esses princípios, de modo a buscar-se não apenas a harmonia (possível) do ordenamento jurídico brasileiro, mas também a

---

<sup>121</sup> **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 1152. Vejam-se, também, as classificações propostas, na doutrina brasileira. LUIS ROBERTO BARROSO, por exemplo, identifica os dispositivos acima tratados como “*Normas Constitucionais de Organização*” - **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**, 6.ed. at., p. 95-99. Tratam-se dos “*Princípios Constitucionais Fundamentais*”, de acordo com a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, **Curso...**, *op. cit.*, p. 93-95.

concretização desses mandamentos, atribuindo-lhes a necessária densidade normativa<sup>122</sup>.

Assim, portanto, a manifestação contida no artigo 5º, LIV, do Texto Fundamental, deve ser interpretada em harmonia com o disposto no artigo 1º. A cláusula do devido processo legal, independentemente do seu significado próprio, deve ser interpretada como instrumento de concretização dos princípios constitucionais estruturantes indicados pelo legislador constituinte.

Se essa afirmação está correta, qual seria o significado, ou melhor, quais seriam as possibilidades de interpretação que, “*a priori*”, poderiam ser extraídas da cláusula do devido processo legal na ordem constitucional vigente?

A resposta a essa questão demanda, em primeiro lugar, uma tentativa de compreensão da descrição contida no artigo 1º da Constituição Federal, especialmente no que diz respeito à expressão “**Estado Democrático de Direito**”, bem como no que diz respeito aos **fundamentos específicos do Estado Democrático de Direito**, definidos no texto constitucional brasileiro. Nesse ponto, com especial destaque à **cidadania** e à **dignidade da pessoa humana**.

### 3.2 Estado Democrático de Direito e seus fundamentos

O modelo de organização jurídico-política eleito pelo constituinte de 1988 para conformar o Estado brasileiro segue a fórmula utilizada por boa parte das constituições contemporâneas, especialmente por aquelas editadas na Europa continental a partir da segunda metade do Século XX. As constituições de países como Alemanha, Itália, Portugal e Espanha constituem bons exemplos do que estamos a expor, sobretudo tendo em

---

<sup>122</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 1152. “*Tal como acontece com os princípios jurídicos gerais, os princípios políticos constitucionalmente conformadores são princípios normativos, retrizes e operantes, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em actividades interpretativas, seja em actos inequivocamente conformadores (leis, actos políticos)*” (*sic*), completa o mestre português.

vista que essas constituições influenciaram decisivamente a elaboração de nosso Texto Fundamental.

A utilização da expressão “Estado Democrático de Direito” por esses textos constitucionais não é minimamente aleatória. Ela decorre da necessidade de gravar-se, desde logo, na lei fundamental desses países, a marca que permite distinguir esse modelo de organização do seu antecedente: o Estado de Direito.

Dadas as suas características próprias, a noção de Estado Democrático de Direito é relacionada à idéia de Estado Constitucional. Representa não apenas uma oposição ao modelo anteriormente vigente como também a sua superação. Paradoxalmente, como será exposto, muitas das idéias inerentes ao Estado de Direito do Século XIX são incorporadas pelo Estado Constitucional, recebendo, porém, nova roupagem.

Entre esses tantos adjetivos relativos ao Estado – **poderíamos agregar outros: Estado Liberal, Estado Social, Estado Interventor, Estado Regulador etc.** – que, antes de trazer algum esclarecimento, acarretariam certa dificuldade de aproximação, notadamente no que diz respeito à relação que se pode fazer entre o modelo de estado e o seu correspondente modelo de constituição e de constitucionalismo.

Com efeito, parece-nos impossível, ao tratar do Estado, deixar de referi-lo a um determinado adjetivo, a uma certa qualidade. Seja para situar o discurso num contexto histórico, ressaltando as suas características ideológicas, políticas, jurídicas e econômicas; seja para falarmos sobre a particular forma de organização jurídica e política de uma sociedade através de uma constituição. Sobre o tema, são mais do que esclarecedoras as lições de CANOTILHO:

Basta um breve relance de olhos pela vasta literatura jurídica, política e econômica, relacionada com o Estado para verificarmos esta intriga: o Estado não está só. Tem sempre o acompanhamento de adjetivos. À guisa de um curto inventário, apresentamos algumas adjectivações: “estado subsidiário”, “estado sobrecarregado”, “estado dispensador de serviços”, “estado activo”, “estado económico”, “estado-arena”, “estado desobediente”, “estado aberto”, “estado cooperativo”, “estado protector”, “estado garantidor”, “estado desfronteirizado”, “estado internacional”, “estado cospopolítico”, “estado ponderador”, “estado cooperativo”, “estado ecológico”, “estado

argumento”, etc. Pela lista assim esboçada, poderemos ver que nem sequer a sobrecarregamos com adjectivos tradicionais, como “estado de direito”, “estado democrático”, “estado autoritário”, “estado social”, “estado liberal”, “estado intervencionista”, “estado socialista”, “estado unitário”, “estado regional”, “estado federal”, “estado republicano”, “estado nação”.

Quando vemos o Estado cercado de adjectivos, talvez se possa dizer o que CARL SCHIMITT afirmou acerca da Constituição. Mais ou menos isto: um Estado carecedor de adjectivos indicia um claro mal-estar do próprio Estado. Parece não ter substância. Apela a algumas qualidades. É tudo e nada. É uma fórmula *passepertout*. Não tem ADN. Precisa de impressões. Já não é grito de batalha. É um argumento. De categoria política passa a *topos* argumentativo. Será assim? Ousemos fazer uma provocação: diz-me o adjectivo do Estado e eu dir-te-ei que estado tens ou queres. Eis o mote, eis o argumento, eis a ponderação que nos acompanhará nos desenvolvimentos subseqüentes.

O que acaba de ser dito em relação ao Estado talvez possa também afirmar-se a respeito da Constituição. Vejamos: “constituição potável”, “constituição culinária”, “constituição programa”, “constituição-carta”, “constituição fechada”, “constituição-código”, “constituição dirigente”, “constituição compromissória”, “constituição-cidadã”, “constituição processo”.

*Prima facie*, também a Constituição anda à procura de qualidades. No começo não está o verbo, mas sim o adjectivo. A Constituição em si não diz nada. Precisa de um arrimo qualificativo. Tal como o Estado. Ousaremos fazer uma segunda sugestão retórica: juntemos constituição e estado para ver se se amparam uma ao outro. Talvez os adjectivos do Estado façam luz sobre as qualidades da Constituição, talvez os qualificativos de constituição adiantem alguma coisa sobre os atributos do Estado.<sup>123</sup>

Assim, antes de buscarmos uma aproximação do significado da expressão “Estado Democrático de Direito”, empregada pela Constituição de 1988, convém trabalhar sobre as noções de Estado de Direito e de Estado Constitucional.

### 3.2.1 Características do Estado de Direito

A expressão Estado de Direito dá ensejo a vários significados. De acordo com o senso comum, poderíamos defini-lo como a forma de organização política em que os “poderes” públicos se encontram submetidos à regra de direito. Essa definição poderia ser utilizada, sem maiores preocupações, para identificar boa parte dos estados que se organizaram juridicamente.

---

<sup>123</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, Estado Adjectivado e Teoria da Constituição, **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional** nº 3, p. 456-457.

Trata-se, porém, de uma visão simplificadora e atemporal, que desconsidera uma série de fatores de ordem jurídica e política. É dizer, que não se preocupa com a referência a um modelo de organização predominante durante certo momento histórico ou de uma forma de organização concretamente adotada por um determinado país. Faz-se necessário, portanto, buscar um pouco mais de precisão quanto ao significado da expressão<sup>124</sup>.

Nesse sentido, podemos referir-nos, com o apoio das idéias de LUIGI FERRAJOLI, a um sentido **lato, débil** ou **formal**, de uma lado, e, de outro, **forte** ou **substancial**, de Estado de Direito. O primeiro sentido seria correspondente ao uso alemão do termo “**Rechtsstaat**” e estaria associado a “...*todos os ordenamentos jurídicos modernos, inclusive os mais antiliberais, em que os poderes públicos têm uma fonte e uma forma legal*”<sup>125</sup>. O

---

<sup>124</sup> “A expressão ‘Estado de direito’...” – explica GUSTAVO ZAGREBELSKI – **El Derecho Dúctil**, p. 21-22 – “...é certamente uma das mais afortunadas da ciência jurídica contemporânea. Contém, entretanto, uma noção genérica e embrionária, ainda que não seja um conceito vazio ou uma fórmula mágica, como já se disse, para denunciar um certo abuso da mesma. O Estado de Direito indica um valor e alude somente a uma das direções de desenvolvimento da organização do Estado, mas não encerra em si conseqüências precisas. O valor é a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta aos cidadãos. A direção é a inversão da relação entre poder e direito. Que constituía a quinta-essência do Machstaat e do Polizeistaat: não mais *rex facit legem* (o rei faz a lei), mas *lex facit regem* (a lei faz o direito). Semelhante conceito é tão aberto que todas as épocas, em função de suas exigências, puderam preenchê-lo de conteúdos diversos, mais ou menos densos, mantendo assim continuamente sua vitalidade. O próprio Estado constitucional, que é a forma típica de Estado de nosso século, é apresentado com freqüência como uma versão particular do Estado de direito. Essa visão não resulta necessariamente forçada, se considerarmos a elasticidade intrínseca do conceito, ainda que, para uma melhor compreensão dele seja aconselhável não se deixar seduzir por uma continuidade histórica e tentar, pelo contrário, pôr em evidência as diferenças”. No original espanhol: “La expresión ‘Estado de Derecho’ es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma. El Estado de Derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del Machstaat y del Polizeistaat: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*. Semejante concepto es tan abierto que todas las épocas, en función de sus exigencias, han podido llenarlo de contenidos diversos más o menos densos, manteniendo así continuamente su vitalidad. El propio Estado constitucional, que es la forma de estado típica de nuestro siglo, es presentado con frecuencia con una versión particular del Estado de derecho. Esta visión no necesariamente forzada, si consideramos la elasticidad intrínseca del concepto, aunque para una mejor comprensión del mismo es aconsejable no dejarse seducir por la continuidad histórica e intentar, por el contrario, poner en claro las diferencias”.

<sup>125</sup> Pasado y Futuro del Estado de Derecho, in Miguel Carbonell (ed.), **Neoconstitucionalismo(s)**, p. 13. No original espanhol: “...*todos los ordenamientos jurídicos modernos,*



segundo sentido refere-se àqueles estados que se encontram sujeitos à lei, não apenas no que diz respeito à forma mas igualmente no que tange ao **conteúdo**. De acordo com esse significado, “...*são Estados de Direito aqueles ordenamentos em que todos os poderes, incluído o legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos por normas constitucionais, como a divisão dos poderes e os direitos fundamentais*”<sup>126</sup>.

Ainda segundo FERRAJOLI, Estado de Direito em sentido fraco corresponderia ao modelo “...*paleo-iuspositivista do Estado legislativo de Direito (Estado legal) que surge com o nascimento do Estado Moderno como monopólio da produção jurídica*”<sup>127</sup>. Estado de Direito em sentido forte, por outro lado, estaria associado com o modelo “...*neo-iuspositivista do Estado constitucional de Direito (Estado constitucional), produto, por sua vez, da difusão, na Europa, depois da Segunda Guerra Mundial, das Constituições Rígidas e do controle de constitucionalidade das leis ordinárias*”<sup>128</sup> (destaques nossos).

O objeto de análise do presente tópico é o Estado de Direito típico do Século XIX. Estado de Direito em sentido débil. O Estado de Direito legislativo. Mais precisamente, analisaremos uma de suas características principais, o Princípio da **Supremacia da Lei**. Estado de Direito, pois, no sentido acima proposto, é o modelo de organização predominante no Século XIX, especialmente na **Europa Continental**, cuja origem está diretamente relacionada com a Revolução Francesa, de 1789, e com a derrubada do “*Ancien Regime*” (Antigo Regime), opondo-se, pois, ao Estado de Força do século XVII e ao Estado de Polícia do XVIII<sup>129</sup>.

---

*incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fonte y una forma legal*”.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 13-14. No original espanhol: “...*son Estados de Derecho aquellos ordenamientos em los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales*”.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 14. No original espanhol: “...*paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica*”.

<sup>128</sup> *Idem*. No original espanhol: “...*neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho (Estado constitucional), producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias*”.

<sup>129</sup> GUSTAVO ZAGREBELSKI, **El Derecho...**, *op. cit.*, p. 21.

O Estado de Direito radicou seus alicerces em plano delimitado sobre os seguintes pontos: (a) **submissão do Estado ao império da lei**; (b) **separação dos poderes**; e (c) **garantia dos direitos individuais**.<sup>130</sup> Com efeito, esses três princípios constituem o eixo em torno do qual gravita o modelo de organização do Estado de Direito vigente durante o Século XIX.

O **Princípio da Separação dos Poderes** teve em MONTESQUIEU seu mais célebre idealizador. Partiu ele da idéia de que todo aquele que detém o “poder” tende a dele abusar. Assim, é preciso que o “poder” contenha o “poder”; que aquele que faz as leis não seja o mesmo que as execute ou que irá julgar as demandas dos particulares e punir os crimes. Opunha-se, portanto, à concentração do “poder” nas mãos de uma só pessoa ou grupo de pessoas, característica das monarquias absolutistas<sup>131</sup>.

A **garantia dos direitos individuais**, por sua vez, ao lado da separação de poderes, representava a própria essência de uma constituição. O famoso artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1.789, deixava bem claras as bases dessa delimitação: Toda sociedade onde a **garantia dos direitos** não está assegurada, nem a **separação de poderes** determinada não possui Constituição (“*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la separation de pouvoirs déterminée n’a point de Constitution*”)<sup>132</sup>.

A **submissão do Estado ao império da lei**, por fim, encontrava sua máxima expressão no **Princípio da Legalidade**. Segundo ZAGREBELSKI, o

---

<sup>130</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA, **Curso...**, *op. cit.*, p.112-113.

<sup>131</sup> A **separação dos poderes** adotada pela Revolução não coincidia necessariamente com aquela propugnada por MONTESQUIEU, como adverte FRANCIS-PAUL BENOIT, que tratou de estabelecer a distinção entre a visão política e espiritual de Montesquieu e a forma de divisão concretamente adotada na França – **Le Droit Administratif Français**, p. 34-37. Por outro lado, os revolucionários franceses, ou seja, a classe burguesa que ascendia ao “poder”, via o Judiciário com grande desconfiança, devido à sua simpatia pelas classes sociais que acabavam de ser afastadas do “poder”: a Monarquia e a Igreja. Necessário, portanto, circunscrever o âmbito de competência dos juizes, que ficaram impossibilitados de conhecer as questões surgidas entre o Estado e os cidadãos, abrindo espaço, desse modo, para o desenvolvimento futuro da jurisdição administrativa. Vejam-se, quanto ao tema, as considerações de GUSTAVO BINENBOJM – **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, p. 13 –, especialmente no ponto em que discute as origens do Direito Administrativo na França; bem como EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA – **La Lucha contra las inmunidades del poder**, p. 17-18; OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO – **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v.1, p. 85-89.

<sup>132</sup> *Apud* INGO WOLFGANG SARLET, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 67.

traço mais importante do **Estado Liberal de Direito** residia justamente na **supremacia da lei**<sup>133</sup>.

A lei constituía expressão da soberania da vontade popular. Soberania essa que migrou do povo para os seus representantes na Assembléia. Como conseqüência direta desse deslocamento, tem-se que a produção do direito, que durante o *Ancien Régime* se encontrava distribuída entre várias fontes, passa a concentrar-se sobre a figura do Estado. O Estado assume, pois, o **monopólio** da produção do direito<sup>134</sup>. Sobre o tema, CLÈMERSON MERLIN CLÈVE oferece oportunos esclarecimentos:

A mesma noção de soberania que justificou o poder absoluto do Príncipe, devidamente transferida para o povo ou para a nação, após as revoluções burguesas, especialmente a francesa de 1789, vai justificar não apenas o **monopólio do Estado no que concerne com a produção normativa**, senão também com o **monopólio normativo** de um dos Poderes do Estado, qual seja o **Legislativo**.

Este órgão, formado por representantes da nação, expressará o direito novo. **Nenhuma outra fonte de produção normativa será admitida porque, afinal, apenas a lei constitui “expressão da vontade geral”**.

Todo o direito passa a ser direito do Estado. **O Estado, portanto, contém todo o direito**. Nenhuma outra instância poderá criar o direito senão, unicamente, o Estado<sup>135</sup> (destaques nossos).

---

<sup>133</sup> “Na clássica exposição do direito administrativo de Otto Mayer, a idéia de **Rechtsstaat**, no sentido conforme ao Estado liberal, caracterizava-se pela concepção da lei como ato deliberado de um Parlamento representativo e se concretiza em: a) supremacia da lei sobre a Administração; b) supremacia à lei, e somente à lei, dos direitos dos cidadãos, com exclusão, portanto, de que poderes autônomos da Administração possam incidir sobre eles; c) a presença de juízes independentes com competência exclusiva para aplicar a lei, e somente a lei, às controvérsias surgidas entre os cidadãos e entre estes e a Administração do Estado. Deste modo, o Estado de Direito compreendia a representação eletiva, os direitos dos cidadãos e a separação de poderes; um significado particularmente orientado à proteção dos cidadãos frente à arbitrariedade da Administração” – **El Derecho...**, op. cit., p. 23. No original espanhol: “En la clásica exposición del derecho administrativo de Otto Mayer, la idea de **Rechtsstaat**, en el sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la rrepresentación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración”.

<sup>134</sup> LUIGI FERRAJOLI, *Pasado y Futuro...*, op. cit., p. 15.

<sup>135</sup> CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**, p. 43-44.

Em outras palavras, a produção do direito era um dos atributos inerentes à **soberania do Estado**, produção normativa essa que se expressava, fundamentalmente, através da lei. É importante lembrar que, no espaço do Estado de Direito do Século XIX, a lei, como expressão da vontade geral, correspondia à vontade da **burguesia**, manifestada, pois, em termos soberanos, pelo parlamento.

Por outro lado, considerando, o duplo caráter do Princípio da Legalidade, isto é, a regra de **liberdade**, em princípio, em favor dos **particulares** – que poderiam fazer tudo o que não estivesse proibido em lei – e a regra de **vinculação à lei**, no que diz respeito à **Administração** – que somente poderia atuar segundo o que estivesse autorizado em lei – a definição do espaço de liberdade dos cidadãos estava cometida, com exclusividade, aos representantes da classe burguesa, através da lei.

No Estado de Direito, portanto, verificava-se uma estreita vinculação entre a lei e os direitos. Segundo ZAGREBELSKI, essa vinculação era de tal ordem que **o reconhecimento dos direitos individuais dependia de uma manifestação legislativa**, independentemente do fato desses direitos estarem elencados, ou não, no texto de uma Declaração ou no corpo de uma Constituição<sup>136</sup>.

Em verdade, tendo em vista o caráter soberano do Estado, não se poderia admitir a existência de uma ordem de valores superior à sua própria existência. E como a produção do direito estava a cargo exclusivamente do Estado, o reconhecimento de direitos individuais nada mais significava do que uma autolimitação do Estado em favor dos particulares, através da lei, sob a forma de **direitos públicos subjetivos**<sup>137</sup>.

Em última análise, o que se pretende aqui destacar é o fato de que, no Estado do Século XIX, a lei ocupava a posição de supremacia em face de

---

<sup>136</sup> **El Derecho...**, *op. cit.*, p. 47-49.

<sup>137</sup> Sobre este tema, aprofundar em LUIS PRIETO SANCHÍS – **Jurisdicción...**, *op. cit.*, p. 65-80 – e MAURIZIO FIORAVANTI - **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**, p. 132-142 –, que explicam o desenvolvimento da teoria da soberania durante o Século XIX e suas conseqüências para a Teoria do Estado e do Direito.

todos os demais atos jurídicos, inclusive a Constituição<sup>138</sup>. Nesse sentido, vejam-se os esclarecimentos de CANOTILHO:

A limitação do poder pelo direito acabaria, em França, numa situação paradoxal. **A supremacia da constituição foi neutralizada pela primazia da lei.** Daí que um célebre jurista francês se tenha referido ao “Estado de Direito francês” como um *Estado legal* ou *Estado de legalidade* relativamente eficaz no cumprimento da legalidade por parte da administração mas **incapaz de compreender o sentido da supremacia da constituição**, à imagem da *paramount law* americana, e insensível à força normativa dos direitos e liberdades “declarados” logo na *Déclaration* de 1789. Dir-se-ia que a bondade do constitucionalismo francês quanto à idéia de sujeição do poder ao direito radica mais na substância de suas idéias (constituição, direito) do que na capacidade de engendrar procedimentos e processos para lhes dar operatividade prática. Não sem razão, se fala do constitucionalismo francês como um “**constitucionalismo sem Constituição**” (destaques nossos)<sup>139</sup>.

É necessário reiterar que o conceito de Estado de Direito não se refere a um único modelo de organização estatal. Cuidamos aqui de nos referir apenas a traços característicos do Estado de Direito do Século XIX, não de proceder à sua definição precisa, completa e acabada. Isso porque, sob o rótulo de “Estado de Direito” se enquadram diversos modelos históricos, cujas características não necessariamente coincidem com as que acabamos de indicar. Muitas vezes, aliás, autonominaram-se “Estados de Direito” regimes políticos que representavam verdadeira antítese ao modelo original.

---

<sup>138</sup> Como explica IGNACIO DE OTTO, “...a lei não está sujeita a nenhuma outra norma superior a ela e o legislativo constitui um poder que não conhece limitação jurídica alguma. A lei é fundamento e limite, mas não está sujeita por sua vez à limitação” – **Derecho Constitucional: sistema de fuentes**, p. 130. No original espanhol: “...la ley no está sujeta a ninguna otra norma superior a ella y el legislativo resulta un poder que no conoce limitación jurídica alguna”. Essa condição de supremacia, aliada ao fato de que ao Judiciário estava reservada apenas a função de ser “*la bouche de la loi*” (a boca da lei), tal como propugnava MONTESQUIEU – **O Espírito das Leis**, p. 176 – determinou a **inexistência do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário**. Trata-se de característica que, aliás, encontra-se até hoje presente no direito francês, como nos explica CLÉMERTON MERLIN CLÈVE – **A Fiscalização...**, *op. cit.*, p. 59-62. Paradoxalmente, afirma-se, em França, a possibilidade do controle de constitucionalidade dos atos administrativos pela jurisdição administrativa e também pelo juiz ordinário, como expõem LOUIS FAVOREAU e THIERRY S. RENOUX, **Le Contentieux Constitutionnel des actes administratifs**, p. 8-13.

<sup>139</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional...***op. cit.*, p. 96.

Nesse sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA refere-se à existência de algumas concepções deformadoras do Estado de Direito, sendo que seu significado dependeria da própria idéia de Direito. “*Por isso, cabe razão a Carl Schmitt quando assinala que a expressão ‘Estado de Direito’ pode ter tantos significados distintos como a própria palavra ‘Direito’ e designar tantas organizações quanto as a que se aplica a palavra ‘Estado’.* (...) *Disso deriva a ambigüidade da expressão Estado de Direito, sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material*”<sup>140</sup>.

### **3.2.2 Características do Estado Democrático de Direito: Estado Constitucional**

Se o Estado de Direito corresponde, de certa forma, ao modelo de organização político-jurídica do século XIX, o Estado Constitucional representa o modelo de organização típico do Século XX, notadamente após a Segunda Guerra Mundial.

É importante ressaltar, porém, que entre esses dois modelos de organização, houve modelos transitórios, marcados, de um lado, pela transformação do Estado Liberal, do Século XIX, no Estado de Bem-Estar Social, do Século XX. Esses modelos caracterizam-se pela inclusão de normas de caráter social, como os direitos fundamentais de segunda geração, que passaram a exigir do Estado não apenas uma postura negativa, de “não-interferência”, mas sim prestações de caráter econômico, tais como previdência e saúde<sup>141</sup>.

As constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919, a famosa Constituição de Weimar, constituem os documentos mais expressivos desse modelo de Estado. Nos Estados Unidos da América do Norte, muito embora não tenha havido modificações formais no texto constitucional, implantaram-se no Governo Roosevelt, em 1937, importantes medidas de

---

<sup>140</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. 113.

<sup>141</sup> Ampliar em CLÊMERTON MERLIN CLÈVE – **Atividade Legislativa do Poder Executivo**, p. 36-42; JOSÉ AFONSO DA SILVA – **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 115-117.

caráter social, que estavam intimamente relacionadas com a mudança do perfil do Estado naquele País<sup>142</sup>.

No modelo de organização predominante durante o Século XX, já não mais se poderia falar de um Estado onde o “poder” era ocupado plena ou majoritariamente por uma determinada classe, a exemplo do que ocorria no século XIX. A lei já não representa apenas a vontade da “maioria”, mas o fruto de uma decisão plural, dependente da coordenação e de acordos políticos. O próprio conceito de lei, tal como concebido no Estado de Direito, já não mais se reconhece igual. Suas características clássicas – **generalidade e abstração** – cedem espaço para leis que se reportam a determinados setores ou ao passado, tal como aquelas que definem os planos econômicos.

Como dissemos, o papel do Estado redefine-se. Não mais encontramos o Estado guarda-noturno, “*gendarme*”, que se preocupa apenas com a segurança, mas sim o Estado vinculado ao oferecimento de determinadas prestações positivas<sup>143</sup>. “*São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão de caráter antiliberal*”, ensina PAULO BONAVIDES<sup>144</sup>. Direitos, pois, de segunda geração, que constituem uma das principais marcas das constituições editadas durante o Século XX.

Mudam também as relações entre o Estado e o cidadão. A máxima de *liberdade geral*, em princípio, dá lugar, em alguns setores, a regras de proibição geral para o exercício de determinadas atividades, salvo manifestação estatal em sentido contrário, através da emissão de licenças e autorizações<sup>145</sup>.

As mudanças ocorridas no perfil do Estado não ficam resumidas, obviamente, à configuração dos direitos reconhecidos pelos textos constitu-

---

<sup>142</sup> Para uma análise mais aprofundada do tema, veja-se o excelente estudo de ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES – **Neoliberalismo e Direitos Humanos**, p. 1-8.

<sup>143</sup> Sobre o tema, ampliar em CLÉMERTON MERLIN CLÈVE – **Atividade Legislativa do Poder Executivo**, p. 33-40 –, LUIS ROBERTO BARROSO, *Intervenção do Estado na Economia*. **Revista de Direito Público** nº 94, p. 265-280.

<sup>144</sup> PAULO BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**, 19.ed., p. 564.

<sup>145</sup> GUSTAVO ZAGREBELSKI, **El Derecho...**, *op. cit.*, p. 34-36; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, **Curso de Direito Administrativo**, 4.ed., v. II, p. 137-139.

cionais, muito embora represente um dos traços mais importantes do modelo de organização típico do Século XX. É preciso, portanto, acrescentar outras características desse mesmo modelo, tendo em vista principalmente a demonstração das diferenças fundamentais entre o Estado de Direito do Século XIX e o Estado Democrático de Direito, ou Estado Constitucional, do Século XX.

Em primeiro lugar, se no Estado de Direito do Século XIX, como vimos, a lei ocupava a posição de supremacia em face de todas as demais normas jurídicas – **Princípio da supremacia da lei** – no Século XX é a Constituição que passará a ocupar essa posição. Fala-se, portanto, no **Princípio da Supremacia da Constituição**. Não se trata, entretanto, de um simples deslocamento da posição de supremacia de uma espécie de norma jurídica para outra, como adverte GUSTAVO ZAGREBELSKI. Trata-se, em verdade, de uma mudança substancial, que produz uma série de conseqüências, tanto no que diz respeito ao **direito e aos direitos** como no que tange à **ciência do direito**<sup>146</sup>.

No Estado de Direito do Século XIX, verificou-se que os **direitos** estavam estreitamente vinculados ao Princípio da Legalidade. A lei não só circunscrevia o âmbito de liberdade dos cidadãos como também operava o reconhecimento jurídico dos direitos, independentemente do fato desses direitos estarem elencados no corpo de uma Declaração ou de uma Constituição. Os direitos, portanto, dependiam do reconhecimento na forma da lei<sup>147</sup>. No Estado Constitucional, por outro lado, os direitos representam, ainda, limitações contra os “poderes” públicos, inclusive o legislativo. Desse modo, os direitos ganham autonomia em relação à lei, não necessitando mais a “*interpositio legislatoris*” para serem reconhecidos e exigidos como tais<sup>148</sup>.

Se no Estado de Direito a idéia de **justiça** estava igualmente vinculada à lei, tendo em vista o monopólio da produção jurídica pelo legislador, no Estado Constitucional do Século XX, a idéia de justiça igualmente se

---

<sup>146</sup> **El Derecho...**, *op. cit.*, p. 33-34; LUIGI FERRAJOLI, *Pasado y Futuro...*, *op. cit.*, p. 18-20.

<sup>147</sup> GUSTAVO ZAGREBELSKI, **El Derecho...**, p. 47-68.

<sup>148</sup> LUIS PRIETO SANCHÍS, **Jurisdição...**, *op. cit.*, p. 111.



destaca da lei, deslocando-se para a normativa dos princípios constitucionais<sup>149</sup>.

Outra característica importante diz respeito à **heterogeneidade dos direitos** que do Estado Constitucional, que se opõe à natural **homogeneidade dos direitos**, característica do Estado de Direito<sup>150</sup>.

O Século XIX, como é sabido, foi marcado pela supremacia da classe burguesa no exercício do “poder” político do Estado. Sendo a produção do direito, através da lei, monopólio do Estado, e estando os direitos estritamente relacionados à lei, tem-se, como consequência natural, a homogeneidade dos direitos reconhecidos pelo Estado, direitos esses inerentes a uma determinada classe social.

No Estado Constitucional, entretanto, a burguesia não mais ocupa a posição hegemônica de que antes desfrutava. As constituições do Século XX passaram a reconhecer direitos outros, além daqueles que naturalmente poderiam ser reconduzidos ou relacionados ao direito de uma determinada classe. O reconhecimento e a constitucionalização dos direitos sociais, num primeiro momento, bem como de direitos de outra natureza, tais como os direitos relativos ao sexo, às nacionalidades e às etnias, posteriormente, revelam uma das marcas mais importantes do Estado Constitucional, o **pluralismo de direitos**.

Os textos constitucionais editados no Século XX refletem esse estado de coisas. Encontram-se albergados nas constituições contemporâneas direitos e valores que, no plano ideológico, estariam em linha direta de contradição, por exemplo: i) os **valores sociais do trabalho** e a **livre iniciativa**; ii) o **direito de propriedade** e a **função social da propriedade**, Constituição Federal, artigo 1º, IV, e artigo 5º, XXII e XXIII, respectivamente.

Manifestações dessa ordem, longe de caracterizarem a ocorrência de pactos ou contratos estabelecidos entre forças opostas, manifestam, como explica PRIETO SANCHÍS, “...a fusão de linhas ou princípios ideológicos heterogêneos e às vezes tendencialmente contraditórios que apresentam, no

---

<sup>149</sup> G. ZAGREBELSKI, **El Derecho** *op. cit.*, p. 93-107.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 30-33 e 37-39.

entanto, uma idêntica pretensão de validade e de conformação da sociedade”<sup>151</sup>. Trata-se, pois, de uma pluralidade de “...mundos constitucionalmente possíveis”<sup>152</sup>.

Ainda no que toca ao pluralismo, verificou-se, notadamente após a segunda metade do Século XX, o surgimento de uma pluralidade de fontes do direito. Ou seja, o Estado soberano não mais detém em suas mãos o monopólio da produção jurídica. Especialmente no que tange aos direitos fundamentais, os pactos e as declarações internacionais de direitos ostentam o caráter de verdadeiras fontes, sendo possível a sua invocação, no plano interno, até mesmo contra os próprios “poderes” do Estado. É o que ocorre, por exemplo, no Direito Constitucional brasileiro, consoante disposição contida no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*” (destaque nosso)<sup>153</sup>.

No espaço do Estado Constitucional, onde não há mais lugar para o monopólio das fontes do direito, não há mais espaço também para o monopólio da interpretação do direito. Especialmente no que tange ao Direito Constitucional, a interpretação não se limita e não deve ficar limitada aos “intérpretes formais do direito”, isto é, aos “poderes” públicos do Estado. De acordo com PETER HÄBERLE, abre-se oportunidade e lugar para a “pluralidade dos intérpretes da constituição”:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. **O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico.** Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a

---

<sup>151</sup> **Jurisdicción...**, *op. cit.*, p. 123. No original espanhol: “...la plasmación de líneas o principios ideológicos heterogeneos y a veces tendencialmente contradictorios que presentan, sin embargo, una idéntica pretensión de validez y de conformación de la sociedad”.

<sup>152</sup> J. J. MORESO, **La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución**, p. 167, *Apud* LUIS PRIETO SANCHÍS, **Jurisdicción...**, *op. cit.*, p. 123.

<sup>153</sup> O pluralismo jurídico, tanto no que diz respeito às fontes como no que tange aos direitos, é capaz de suscitar algumas situações de dúvida no que tange à compreensão e à aplicação do direito, conduzindo, muitas vezes, a uma verdadeira situação de anomia. Sobre o tema, veja-se o trabalho do jurista argentino CARLOS MARÍA CÁRCOVA – **A Opacidade do Direito**, p. 59-122.

norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição (destaque nosso)<sup>154</sup>.

Em última análise, portanto, a constituição, ou melhor, o Direito Constitucional passa a representar um verdadeiro “espaço de luta” entre diferentes concepções do direito e dos direitos, como adverte CLÈMERSON MERLIN CLÈVE<sup>155</sup>. Por outro lado, ainda que possa parecer paradoxal, a Constituição passa a exercer uma importante função unificadora, explica ZAGREBELSKI<sup>156</sup>.

Pluralidade de direitos, pluralidade de fontes, pluralidade de intérpretes. É conseqüência natural do Estado Constitucional a ocorrência da assim denominada **colisão de direitos**. Trata-se de uma questão que não encontra resposta nos **métodos clássicos de interpretação**, típicos do positivismo jurídico predominante no Século XIX e em boa parte do Século XX. No Estado Constitucional dá-se, portanto, uma alteração do estatuto epistemológico do Direito Constitucional, que lança mão dos métodos propostos pela Nova Hermenêutica<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**, p. 15.

<sup>155</sup> “A Constituição, atualmente, é o grande espaço, o grande **locus** onde se opera a luta jurídico-política. O processo constituinte é, agora, um processo que se desenvolve sem interrupção, inclusive após a promulgação, pelo Poder Constituinte, de sua obra. A luta que se trava no seio da Assembléia Constituinte, após a elaboração do documento constitucional, apenas se transfere para o campo da prática constitucional (aplicação e interpretação). Por isso a Constituição há de ser visualizada como processo e como espaço de luta” – **A fiscalização...**, *op. cit.*, p. 23.

<sup>156</sup> “O pluralismo não degenera em anarquia normativa sempre que, em que pese a divergência de estratégias particulares dos grupos sociais, haja uma convergência geral sobre alguns aspectos estruturais de convivência política e social que podem, assim, ficar fora de toda discussão e ser consagrados em um texto indisponível para os ocasionais senhores da lei e das fontes concorrentes com ela” – **El Derecho...**, *op. cit.*, p. 40. No original espanhol: “El pluralismo no degenera en anarquía normativa siempre que, pese a la diferencia de estrategias particulares de los grupos sociales, haya una convergencia general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan, así, quedar fuera de toda discusión y ser consagrados en un texto indisponible para los ocasionales señores de la ley y de las fuentes concurrentes con ella”.

<sup>157</sup> Sobre o tema, aprofundar em: FRIEDERICH MÜLLER – **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**; KONRAD HESSE – **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 56-70; PAULO BONAVIDES – **Curso...**, *op. cit.*, p. 437-523; LUIS ROBERTO BARROSO – Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro [pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo], *in A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*; entre outros importantes autores.

Importante referir, ainda, que o Estado Constitucional incorpora elementos de duas tradições constitucionais diferentes, como manifesta PRIETO SANCHÍS. Segundo o autor, o Estado Constitucional reúne características tanto do **constitucionalismo norte-americano**, em sua versão original, como do **constitucionalismo francês** do Século XIX. Caracteriza-se, pois, pelo **forte conteúdo normativo** e pela **garantia jurisdiccional**<sup>158</sup>.

Da primeira dessas tradições, esclarece PRIETO SANCHÍS, “..*recóllese a idéia de garantia jurisdiccional e uma correlata desconfianza ante ao legislador*”. Da segunda tradição, “...*herda-se, entretanto, um ambicioso programa normativo que vai muito mais além do que a mera organização do poder mediante o estabelecimento das regras do jogo*”. Incorpora, portanto, a noção de uma “*Constituição transformadora...*”, prossegue o autor, “...*que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, de onde o protagonista fundamental deve seguir correspondendo ao legislador democrático, mas de onde irremediavelmente a última palavra se encomenda aos juízes*”<sup>159</sup>.

Sem compromisso de adesão às idéias do autor acima citado, cumpre anotar uma derradeira característica relativa ao Estado Constitucional, que diz respeito à tensão entre Constituição e Democracia. Ou seja, a compreensão da Constituição como norma jurídica, que estabelece limites procedimentais e de conteúdo a todos os “poderes” públicos do Estado, inclusive o legislativo. Mesmo reconhecendo a legitimidade democrática do legislador, contrapõe-se a ele, como medida de garantia da Supremacia da Constituição, a jurisdição constitucional, nas suas mais distintas concepções.

Trata-se, evidentemente, de um controle contramajoritário exercido pelos juízes. Desse modo, é natural a existência de uma série de objeções levantadas contra o exercício da jurisdição constitucional, que partem desde

---

<sup>158</sup> **Juridición...**, *op. cit.*, p. 109.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 110. No original espanhol: “*se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador*” (...) “*se hereda, sin embargo, un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas del juego*” (...) “...*Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediablemente la última palabra se encomienda a los jueces*”.

a legitimidade democrática do exercício dessa função, passando pela própria discussão da natureza do Poder Constituinte e chegando até os limites em que se reconhece possível a realização do controle de constitucionalidade das leis.

Não obstante a relevância do tema, não constitui objeto da presente dissertação a discussão verticalizada do problema. Podemos assentar, entretanto, que a tensão entre Constituição e Democracia é algo inerente ao constitucionalismo contemporâneo e, conseqüentemente, ao Estado Constitucional, que funda suas bases tanto sobre a pretensão de limitar o “poder” do Estado como sobre a promoção da Democracia como regime político ideal<sup>160</sup>.

### **3.3. Fundamentos do Estado Democrático de Direito adotado pelo Constituinte brasileiro**

#### **3.3.1 Introdução**

A tensão existente, no plano ideal, entre Constituição e Democracia, ou entre Direitos e Democracia, transporta-se para o texto constitucional, quando o legislador constituinte busca incorporar essas duas grandes vertentes do constitucionalismo contemporâneo.

No que diz respeito à Constituição Brasileira vigente, essa relação é de fácil percepção, uma vez que o artigo 1º, onde se encontram declarados os fundamentos do Estado Democrático de Direito, indica como fundamentos **a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o pluralismo político.**

---

<sup>160</sup> Sobre o tema, confirmam-se os seguintes autores: ROBERTO GARGARELLA – **La Justicia Frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**; JOHN HART ELY – **Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional**; LUIS PRIETO SANCHÍS – **Jurisidición...**, *op. cit.*, 137-176; CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO – **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**; ÁLVARO RICARDO DE SOUZA CRUZ – **Jurisdição e Constituição Democrática**; CLÁUDIO ARI MELLO **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**; GUSTAVO BINENBOJM - **A Nova Jurisdição...**, *op. cit.*, p. 47-120; MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA – **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação**, in Marcelo Cattoni (coord.), **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**, p. 47-78.

Antes de resolver o problema, buscando conciliar esses valores, o constituinte transfere para os intérpretes da Constituição, tanto formais como informais, a tarefa de resolver, ainda que minimamente, os antagonismos<sup>161</sup>. Assim, é no plano da vivência da Constituição que se busca transformar a tensão entre Constituição e Democracia em instrumento útil para se obter o equilíbrio entre as diferentes concepções, sem, no entanto, dissolver essa mesma tensão, pois da sua dissolução decorreria necessariamente o indesejável desequilíbrio.

### 3.3.2 A dignidade da pessoa humana

Preliminarmente, cumpre advertir que não se pretende investigar o percurso histórico do desenvolvimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, especialmente no que tange ao seu aspecto filosófico. O objeto de nossa análise é o significado normativo do princípio, no contexto da Constituição Federal de 1988, com a intenção de obter elementos úteis ao tema de nossa investigação.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana representa a síntese dos direitos fundamentais reconhecidos pelo texto constitucional vigente. Nesse sentido, tanto aqueles que se encontram expressos no corpo da Constituição como aqueles decorrentes da interpretação fundada no disposto no §2º do artigo 5º da Constituição: *“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*.

---

<sup>161</sup> Nesse sentido, vejam-se os esclarecimentos de JORGE MIRANDA: *“Há uma interacção dos princípios substantivos da soberania do povo e dos direitos fundamentais e a mediação dos princípios adjectivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modelação; o equilíbrio obtém-se através do esforço de conjugação, constantemente renovado e actualizado, de princípios, valores e interesses, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas”* (sic) – **Constituição Portuguesa Anotada**, T. I, p. 61.

Para VIEIRA DE ANDRADE, a dignidade da pessoa humana deve ser entendida “...como o princípio de valor que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais”<sup>162</sup>; o que habilita a concluir, na visão do autor, pela possibilidade de uma construção normativa coerente com essa ordem de idéias, “...capaz de integrar num quadro geral a interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais respectivos. Nesse sentido, pode afirmar-se que os direitos fundamentais constituem um sistema ou uma ordem”<sup>163</sup>.

Ainda de acordo com o jurista português, os direitos fundamentais, referidos ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, para além de constituírem, no plano individual ou coletivo, posições jurídicas subjetivas, “...exprimem também o reconhecimento e a garantia de conjunto de bens ou valores que são caros à comunidade e que legitimam e dão sentido aos preceitos constitucionais respectivos”<sup>164</sup>.

Por sua vez, PAULO BONAVIDES refere-se ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como o “...ponto de chegada na trajetória concretizante do mais alto valor jurídico que uma ordem constitucional abriga (...) Demais disso, nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>165</sup>.

Em outra passagem, BONAVIDES considera o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como a **síntese dos valores fundamentais vigentes em nosso ordenamento jurídico**, notadamente aqueles compreendidos no rol dos **direitos fundamentais**; desde os de primeira geração até os de quarta geração<sup>166</sup>. Em arremate a essas idéias, assinala: “Essa dignidade

---

<sup>162</sup> **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, p.97.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>164</sup> *Idem*.

<sup>165</sup> **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade**, p. 232-233.

<sup>166</sup> No mesmo sentido, vejam-se as considerações de ANA PAULA DE BARCELLOS – **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 110-118 – e de OSCAR VILHENA VIEIRA, **Direitos Fundamentais...** *op. cit.*, p. 63-69

*consubstancia, por inteiro, a ordem axiológica do regime e das instituições; é o supremo valor onde jaz o espírito da Constituição”* <sup>167</sup>.

É lícito concluir, portanto, que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana constitui a base de uma ordem material de valores ou bens eleitos pelo Constituinte de 1988 como fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre outras conseqüências, esse princípio representa um importante elemento de aferição da legitimidade da atuação dos “poderes” públicos.

E nessa ordem de idéias, os direitos fundamentais, como elementos integrantes dessa ordem material, constituem, igualmente, importantes critérios de aferição da legitimidade do exercício do “poder” na República Federativa do Brasil, bem como da validade dos atos jurídicos praticados pelos “poderes públicos”. Com efeito, “...*é justamente neste contexto...*” – adverte INGO WOLFGANG SARLET – “...*que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, **elementos da ordem jurídica objetiva**, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico*” (destacamos) <sup>168</sup>.

### **3.3.3 A cidadania como expressão do princípio democrático**

A cidadania está intimamente relacionada com o Princípio Democrático adotado pela Constituição Federal de 1988. Esse princípio fundamental da República Federativa do Brasil, consoante o disposto no artigo 1º, II, ganha densidade normativa, desde logo, a partir das disposições contidas no parágrafo único do próprio artigo 1º que, por sua vez, registra que “...*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

---

<sup>167</sup> PAULO BONAVIDES, **Teoria Constitucional...** *op. cit.*, p. 28.

<sup>168</sup> INGO WOLFGANG SARLET – **A Eficácia...** *op. cit.*, p. 70. Sobre o significado dos direitos fundamentais como **ordem jurídica objetiva de valores**, vejam-se as considerações do próprio autor (p. 156-166), assim como os trabalhos de ANTONIO E. PEREZ LUÑO – **Los Derechos Fundamentales**, p. 19-29 – e JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE – **Os Direitos...** *op.cit.*, p. 138-155.



O legislador constituinte não deixou dúvidas quanto à adoção da Democracia como o regime político que deve orientar o exercício do “poder” estatal, especialmente no que tange à formação das decisões emitidas pelos seus órgãos, sem exceção, nos limites das suas respectivas competências. Trata-se de norma jurídica “*constitucionalmente positivada*”. O princípio democrático constitui-se, portanto, em “...um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais”, ensina CANOTILHO<sup>169</sup>.

Nesse sentido, o Princípio Democrático estabelece verdadeiros parâmetros para a aferição da legitimidade e da validade do exercício do “poder”, tanto no que diz respeito aos aspectos procedimentais como no que tange aos aspectos substanciais<sup>170</sup>. Nesse ponto, cabe trazer à discussão as lições de CANOTILHO que, não obstante tratem de dispositivo análogo no corpo da Constituição Portuguesa, aplicam-se integralmente à realidade constitucional brasileira:

Com efeito, a Constituição Portuguesa de 1976 respondeu normativamente aos problemas da *legitimidade-legitimação* da ordem jurídico-constitucional em termos substanciais e em termos procedimentais: *normativo-substancialmente*, porque a constituição condicionou a *legitimidade* do domínio político à prossecução de determinados fins e à realização de determinados valores e princípios (soberania popular, garantia dos direitos fundamentais, pluralismo de expressão e organização política democrática); *normativo-processualmente*, porque vinculou a *legitimação* do poder à observância de determinadas regras e processos (*Legitimation durch Verhahen*). É com base na **articulação das “bondades materiais” e das “bondades procedimentais”** que a Constituição respondeu aos desafios da legitimidade-legitimação **ao conformar normativamente o princípio democrático como forma de vida**, como *forma de racionalização do processo político* e como *forma de legitimação do poder* (destaques nossos).

O parágrafo único do artigo 1º, acima citado, indica não apenas a **fonte** como também a **forma do exercício** do “poder”, permitindo dele extrair que o constituinte brasileiro incorporou ao texto constitucional elementos que

<sup>169</sup> **Direito Constitucional...** *op. cit.*, p. 287.

<sup>170</sup> Veja-se, sobre o tema, a exposição de ROMEU FELIPE BACELAR FILHO – **Processo Administrativo Disciplinar**, p. 125-138 – que acentua a necessidade de procedimentos que garantam tenham condições de garantir a participação popular nos processos de decisão, a fim de que se possa aferir a legitimidade do exercício do “poder” no Estado Democrático de Direito.

apontam tanto para uma **democracia representativa** como para uma **democracia participativa**.

Na democracia representativa, o “poder” é exercido através dos representantes do povo, eleitos por mandatos limitados no tempo, para o exercício da função legislativa ou de chefia do poder executivo, em todas as esferas de competência que integram a Federação brasileira: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Cumpre salientar que os demais agentes públicos, não obstante não tenham sido eleitos pelo voto popular, desempenham suas funções em nome do povo, titular do poder, nos termos da Constituição.

A democracia participativa, por outro lado, pressupõe o **exercício direto de uma parcela importante do poder**, implica a “...*estruturação de processos que oferecem aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer o controle crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos*”, como esclarece, uma vez mais, CANOTILHO<sup>171</sup>.

Para os fins do presente trabalho, esse é o sentido que gostaríamos de destacar. Ou seja, a **participação popular nos processos de decisão**, assim como o **controle crítico** sobre essas mesmas decisões. Nesses termos, a participação popular, como realização do Princípio Democrático, deve ser observada e privilegiada tanto na formação da vontade política como nas decisões administrativas e judiciais. Em qualquer caso, a participação popular apresenta-se como paradigma de aferição da legitimidade da formação da vontade estatal<sup>172</sup>. Em alguns casos, a participação popular é requisito de validade das decisões proferidas pelos “poderes públicos”, tal como nos processos judiciais e em alguns processos administrativos.

A participação popular, nesse contexto, representa verdadeira expressão da cidadania, cuja significação não pode ficar limitada ao direito de se manifestar, periodicamente, nos processos eleitorais para o Legislativo e para o Executivo, como explica CLÈMERSON MERLIN CLÈVE. Nas palavras do autor:

---

<sup>171</sup> *Idem*, p. 288.

<sup>172</sup> INGO WOLFGANG SARLET – **A Eficácia...** *op. cit.*, p. 70-71.

A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então, para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território estatal.<sup>173</sup>

Com a Constituição de 1988, abriu-se um leque bastante largo de possibilidades de participação do cidadão na gestão da coisa pública, o que não passou despercebido a DINORAH GROTTI:

O princípio da participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é inerente à idéia de Estado Democrático de Direito, adotado já no Preâmbulo da Lei Maior, e reafirmado no art. 1º, além de ter sido reiteradamente expresso em vários setores da Administração Pública, notadamente na parte referente à ordem social.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> **Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito**, p. 16-17. Sobre o tema, confira-se também o pensamento de CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA: “*Por essa precípua natureza de ser o coração da democracia é que a forma de expressão do povo no exercício do poder do Estado, vale dizer, o modo em que se dá a sua participação, é determinante para se ter um certo modelo de democracia adotada. É exatamente a participação do cidadão que manifesta a extensão do exercício da liberdade individual e social, a condição do princípio da igualdade no Direito. (...) Assim, a cidadania é o outro nome com que se veste o princípio democrático*” – **República e Federação no Brasil: Traços constitucionais da organização política brasileira**, p. 116-117.

<sup>174</sup> DINORAH ADELAIDE GROTTI – A Participação Popular e a Consensualidade na Administração Pública. **Revista Trimestral de Direito Público** nº 35, p. 20. Apenas a título de ilustração, poderíamos citar, com o aval da autora, o artigo 5º, incisos XIV, XXXIII e XXXIV, que garantem o direito à informação, à petição e à obtenção de certidões. O artigo 37, *caput*, que veicula o princípio da publicidade, assim como o §3º, do mesmo artigo 37, que remete à lei a disciplina da **forma de participação do usuário na Administração pública direta e indireta**. E, por fim, os incisos I e II, do parágrafo único, do artigo 175, bem como o artigo 27 da Emenda 19/98, que tratam da disciplina legal da **fiscalização das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos e os direitos dos usuários**. Vejam-se, a propósito, os trabalhos sobre o instigante tema da Administração Consensual, em que algumas decisões administrativas, anteriormente adotadas sob o influxo da autoridade da Administração, passam a ser, no paradigma do Estado Democrático de Direito, objeto de discussão e negociação com as populações diretamente afetadas: sobretudo TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ *Administración Imperativa y Administración Concertada en la vida Económica. Panorama del Derecho Administrativo al Comienzo de su Tercera Centúria*, p. 1-15; DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO *Mutações do Direito Administrativo*, p. 37-48 e LÚCIA VALLE FIGUEIREDO – *Instrumentos da Administração Pública Consensual. A Audiência Pública e sua Finalidade*, in Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.) **Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo**, p. 383-402.

Também no âmbito judicial, a participação popular revela-se como importante instrumento de legitimação das decisões proferidas no exercício da função jurisdicional. Com efeito, os direitos ao **contraditório**, à **ampla defesa**, ao **devido processo legal**, à **inafastabilidade da prestação jurisdicional**, entre outros, constituem verdadeiras garantias inerentes ao exercício da cidadania e da realização do Princípio Democrático, tema que será aprofundado nos tópicos seguintes.

Tanto no que diz respeito aos processos administrativos como no que tange aos processos jurisdicionais, a participação popular pressupõe a observância de alguns direitos arrolados no artigo 5º da Constituição Federal, que estão relacionados ao direito à informação. De fato, a efetiva participação popular nos processos de decisão não se mostra possível sem que sejam assegurados, por exemplo, o direito à liberdade de expressão e de pensamento, o direito à liberdade de imprensa, o direito à obtenção dos órgãos públicos de informações de caráter pessoal, assim como a obrigatoriedade da motivação dos atos administrativos e judiciais, a fim de que se possa exercer sobre eles o devido controle crítico.

### **3.3.4 Estado Democrático de Direito: legitimação do exercício do poder**

Nos tópicos anteriores, procuramos separar, apenas para fins didáticos, a análise de dois **princípios fundamentais** da República Federativa do Brasil, **Dignidade da Pessoa Humana** e **Cidadania**, como símbolos de duas diferentes concepções do constitucionalismo moderno, reunidas no espaço do Estado Constitucional. Mais precisamente, do Estado Democrático de Direito proclamado no artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Em ambos os casos, procuramos identificar os **direitos fundamentais** – **referidos ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana** – e a **participação popular** – **expressão de um dos aspectos da cidadania** – como instrumentos indispensáveis para a aferição da legitimidade do exercício do “poder”. A legitimação do “poder” através do respeito aos direitos

fundamentais e da garantia de procedimentos democráticos, com efetiva participação popular, afigura-se, portanto, como o ponto de interseção entre esse dois valores, incorporados no texto constitucional brasileiro como princípios fundamentais, normativo-conformadores do Estado Democrático de Direito vigente no País.

No Estado Democrático de Direito, portanto, a legitimidade do exercício do “poder”, especialmente no que diz respeito à produção de normas jurídicas, depende não apenas da observância dos procedimentos previstos como também do respeito a determinados conteúdos previamente estabelecidos no texto constitucional, aponta FERRAJOLI<sup>175</sup>. De acordo com esse autor, os direitos fundamentais traduzem-se em verdadeiros requisitos para a existência de uma **democracia substancial**<sup>176</sup>.

Sendo assim, a constitucionalização rígida destes direitos serve para introduzir uma dimensão substancial não só no direito senão também na democracia. E o constitucionalismo, de que Neil MacCormick fez no passado uma apaixonada defesa, é nem tanto, como segundo ele disse, um elemento antitético da democracia (política e formal), como, sobretudo, seu necessário complemento substancial. Efetivamente, as duas classes de normas sobre a produção jurídica que foram distinguidas – as *formais* que condicionam a *vigência*, e as *substanciais* que condicionam a *validade* – garantem outras tantas dimensões da democracia: a dimensão formal da “democracia política”, que faz referencia ao *quem* e ao *como* das decisões e que se acha garantida pela normas formais que disciplinam as *formas* das decisões assegurando com elas a expressão da vontade da maioria; e a dimensão material da que bem poderia chamar-se “democracia substancial”, posto que se refere ao *quê* é o que não se pode decidir ou deve ser decidido por qualquer maioria, e que está garantido pela normas substanciais que regulam a *substância* e o *significado* das mesmas decisões, vinculando-as, sob pena de invalidade, ao respeito dos direitos fundamentais e dos princípios axiológicos estabelecidos por ela.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> **Derechos y Garantías: La ley del Más Débil**, p. 20.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>177</sup> *Idem*. No original espanhol: “Siendo así, constitucionalización rígida de estos derechos sirve para injertar una dimensión no sólo en el derecho sino también en la democracia. Y el constitucionalismo, del que Neil Mac Cormick hizo ayer una apasionada defensa, es no tanto, según é lha dicho, un elemento antitético de la democracia (política y formal), como, sobre todo, su necesario complemento sustancial. Efectivamente, las dos clases de normas sobre la producción jurídica que se han distinguido – las formales que condicionan la vigencia, y las sustanciales que condicionan la validez – garantizan otras tantas dimensiones de la democracia: la dimensión formal de la ‘democracia política’, que hace referencia ao quem e ao cómo de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las formas de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse ‘democracia sustancial’, puesto que se refiere al qué es lo que no puede

Compreende-se, desse modo, que os direitos fundamentais significam “...**condições estruturantes da própria democracia**”, na feliz expressão de GUSTAVO BINENBOJM<sup>178</sup>.

Essas considerações, no entanto, não podem ficar limitadas ao plano das idéias. A construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, como expressão síntese de uma sociedade onde o exercício do “poder” se encontra legitimado formal e substancialmente, tem como requisito necessário uma “*praxis*” constitucional comprometida com a efetividade dessas normas jurídicas e a realização desses idéias.

Nesse ponto, não há como não concordar com JOSÉ ROBERTO VIEIRA, ao tratar da República e da Democracia, quando adverte que esses valores não podem ser considerados como algo realizado. República e Democracia, de acordo com o autor, “...constituem ‘**ideais-limites**’, na expressão confiável de Norberto Bobbio. E ideais-limites nitidamente perseguidos pelo movimento político e jurídico dos homens e seus estados...”<sup>179</sup>.

KATYA KOZICKI vem ao encontro dessas idéias, ao frisar que a democracia representa a melhor forma política para se buscar a realização da justiça. “*Não uma democracia realizada aqui e agora, mas a democracia entendida como possibilidade, como abertura para o futuro. Outrossim, justiça e democracia se entrelaçam como representações que escapam ao aqui e agora, escapam ao presente, representando algo que está sempre por acontecer. Algo que não se realiza no presente, mas também não no futuro...*”. Esse também é o pensamento de DERRIDA, citado pela autora, que se refere à “...*democracia por vir (la democracie à venir) isto não significa que amanhã a democracia será realizada, e isto não se refere a uma futura democracia...Existe um futuro...Existe algo por acontecer. Isto pode*

---

*decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la sustância o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquélla”.*

<sup>178</sup> **A Nova Jurisdição...** *op.cit.*, p. 118.

<sup>179</sup> Fundamentos Republicano-Democráticos da Legalidade Tributária: óbvios ululantes e na ululantes, in Melissa Folmann (coord.), **Tributação e Direitos Fundamentais**, p. 200-201.

*acontecer...isto pode acontecer, e eu prometo abrir o futuro ou deixar o futuro em aberto*<sup>180</sup>.

A busca pela contínua realização desses ideais, voltando ao fluxo da corrente do Direito Constitucional, pode ser sintetizada na célebre lição de KONRAD HESSE, no sentido de que a **força normativa da Constituição** depende, de um lado, da correspondência entre o **conteúdo** e a **natureza singular do presente** e, de outro lado, da sua **práxis**: “*De todos os partícipes da vida constitucional exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (Wille zue Verfassung)*”<sup>181</sup>.

Veja-se que HESSE não pretende que os **partícipes da vida constitucional** comunguem da mesma opinião quanto aos valores positivados na Constituição, mas sim no que diz respeito à importância e ao papel desempenhados por ela no seio da comunidade<sup>182</sup>.

Daí a necessidade de que os intérpretes da Constituição tenham consciência do seu dever de não apenas respeitar os princípios e regras estabelecidos no texto constitucional, mas também de outorgar-lhes a necessária efetividade, sem que isso implique no abandono das suas convicções a respeito do Direito, dos direitos e da Democracia. Enfim, das suas convicções a respeito da própria Constituição.

---

<sup>180</sup> A interpretação do direito e a possibilidade da Justiça em Jacques Derrida, in Ricardo Marcelo Fonseca (org.), **Critica da Modernidade: diálogos com o direito**, p. 140-141.

<sup>181</sup> **A Força Normativa da Constituição**, p. 20-21.

<sup>182</sup> “*Essa vontade de Constituição...*” – esclarece o KONRAD HESSE – “*...origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem conseqüência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo tarefas por ele colocadas*” – **A Força Normativa...** *op. cit.*, p. 19-20.

## Capítulo 4

### Perfil Normativo do Devido Processo Legal

#### 4.1 Introdução: sobre princípios e regras

O artigo 5<sup>a</sup>, inciso LIV, da Constituição Federal dispõe que “***ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal***”. Verificadas as características do Estado Democrático de Direito, no capítulo anterior, passamos à análise desse dispositivo, buscando defini-lo como princípio ou regra.

Tradicionalmente, atribui-se ao Devido Processo Legal a natureza de princípio, do mesmo modo como se faz com outros tantos direitos fundamentais, sem maiores preocupações quanto às conseqüências dessa eleição. Uma vez definida a classe em que o devido processo melhor se acomoda, cabe retirar as conseqüências dessa escolha através da verificação das características e, especialmente, da forma como essa constitucional se relaciona com outros dispositivos constitucionais.

Não se cogita, nos dias de hoje, de qualquer dúvida quanto ao caráter normativo dos princípios. Os princípios são normas jurídicas tanto quanto as regras. Tratam-se de duas categorias distintas de normas jurídicas. “*A distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas jurídicas*”<sup>183</sup>.

---

<sup>183</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 1146. No mesmo sentido, entre nós, LUIS ROBERTO BARROSO – **Interpretação e Aplicação da Constituição**, p. 350.



É comum ouvir-se que a Constituição Federal de 1988 tem um caráter principiológico, especialmente no que tange aos direitos fundamentais. Essa afirmação é feita de forma reiterada, sem maior compromisso com a demonstração da sua procedência, o que parece ser reflexo da falta de uma meditação mais profunda sobre a distinção entre princípios e regras, especialmente no que tange à identificação dos dispositivos normativos que se amoldam a essas categorias normativas, não obstante o tema ter sido tratado com excelência por autores de indiscutível qualidade.

Essa questão possui indisputável relevância, levando-se em conta principalmente a “...**diversidade semântica da palavra ‘princípio’**”, consoante a advertência de JOSÉ ROBERTO VIEIRA (destaques nossos). O autor, com apoio em renomada doutrina, chama a atenção para o fato de que os princípios são geralmente associados aos “*bases ou pilares do ordenamento*”, tendo em vista a posição de supremacia que estariam a ocupar no sistema jurídico<sup>184</sup>.

No entanto, prossegue o autor, esse tratamento diferenciado, no que diz respeito ao reconhecimento da sua importância para o ordenamento jurídico, não é acompanhado da preocupação em se apresentar critérios que permitam a sua melhor compreensão:

Cumpra, porém, atentarmos para a justa e precisa advertência de HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, de que “*Os princípios são reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los*” (destacamos). Diante dessa inconseqüência científica, mesmo cientes de que a normatividade dos princípios é fenômeno relativamente recente (PAULO BONAVIDES) e de que a sua investigação, portanto, constitui ainda “...*um caminho a construir*” (ANA PAULA DE BARCELLOS), resta patente e manifesta a necessidade de para ela contribuir. É como também manifesta RUY SAMUEL ESPÍNDOLA, para quem, lançar luzes sobre os princípios, especialmente sobre os constitucionais, “... *para sua correta compreensão, interpretação e aplicação...*”, constitui um dos “...*desafios contemporâneos colocados aos juristas*” (*sic*).

E constitui **um repto jurídico** cujo relevo superior alça à condição de **essencial**. Tanto que é exatamente o grau de apreensão e determinação dos princípios jurídicos envolvidos que torna a investigação científica mais ou menos perfeita, como avisa JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. E mais: é justa-

---

<sup>184</sup> Bocage e o Terrorismo Constitucional das Medidas Provisórias Tributárias: a Emenda Pior do que o Soneto, *in* Roberto Ferraz (coord.) **Princípios e Limites da Tributação**, p. 685-686.

mente o seu conhecimento e a habilitação para manejá-los que outorga a classificação de científica à investigação, pois isso é o “...*que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais*”, como adverte CARLOS ARI SUNFELD<sup>185</sup>.

A intenção do presente capítulo, portanto, é a de buscar maiores luzes sobre o importante tema relativo aos princípios e às regras, destacando-se as conseqüências da distinção entre essas duas espécies normativas para a cláusula do Devido Processo Legal.

Como dissemos anteriormente, a cláusula do Devido Processo Legal, contida no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, é geralmente associada aos princípios. Será essa, no entanto, a melhor classificação? A fim de que possamos responder satisfatoriamente a essa questão, convém trabalhar, mais uma vez, com a distinção entre princípios e regras.

## **4.2 As distinções entre princípios e regras propostas por CANOTILHO, DWORKIN, ALEXY e HUMBERTO ÁVILA**

### **4.2.1 Os critérios de distinção propostos por CANOTILHO**

O Professor de Coimbra soube, como poucos, resumir os critérios de distinção propostos pela doutrina para a distinção entre princípios e regras.

**a) Grau de abstracção:** os *princípios* são normas com grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.

**b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto:** os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.

**c) Grau de fundamentalidade no sistema das fontes de direito:** os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

**d) “Proximidade” da ideia de direito:** os *princípios* são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

---

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 686-687.

f) **Natureza normogenética:** os *princípios* são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante (*sic*); (destaques nossos)<sup>186</sup>.

CANOTILHO salienta ainda que os princípios e as regras são normas **qualitativamente distintas**, adotando, de modo geral, as propostas oferecidas por DWORKIN e ALEXY, que serão expostas no tópicos seguintes<sup>187</sup>.

#### 4.2.2 A classificação proposta por RONALD DWORKIN

Em sua crítica ao positivismo, DWORKIN pretende demonstrar que os juristas, quando se deparam com algumas situações de decisão, especialmente os casos difíceis, lançam mão de determinados “*standards*” que funcionam de maneira distinta das regras. Tratam-se dos princípios, das diretrizes políticas e de outros tipos de pautas não especificadas pelo autor<sup>188</sup>.

Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras e das diretrizes políticas. Diretrizes políticas são objetivos que devem ser alcançados, que se encontram relacionados, geralmente, com algum tipo de melhoria em algum setor econômico, político ou social da comunidade. Por exemplo, dizemos nós, a redução dos índices de criminalidade ou de analfabetismo. Por outro lado, os princípios são “*standards*” que devem ser observados porque constituem uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão moral. Por exemplo, ninguém poderá se beneficiar de sua própria ilegalidade<sup>189</sup>.

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é uma distinção lógica...”, explica DWORKIN. “Ambos conjuntos de standards apontam para decisões particulares referentes à obrigação jurídica em determinadas circunstâncias, mas diferem no caráter da orientação que dão”<sup>190</sup>. A

---

<sup>186</sup> **Direito Constitucional...**, *op. cit.*, p. 1146-1147.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 1147.

<sup>188</sup> **Los Derechos en Serio**, p. 72.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 72-73.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 74-75. No original espanhol: “La diferencia entre principios jurídicos y reglas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones

aplicação das regras dá-se de maneira disjuntiva. Se os fatos estipulados na regra estão presentes, duas hipóteses se apresentam ao intérprete: ou a norma é válida e se aplica; ou a norma não é válida, e portanto não se aplica<sup>191</sup>.

Por sua vez, os princípios, e mesmo aqueles que mais se assemelham às regras, não oferecem conseqüências automáticas quando estão presentes as condições de fato previstas. De acordo com DWORKIN, os princípios sequer pretendem estabelecer as condições necessárias para a sua aplicação. Os princípios enunciam **razões para decidir**, que indicam uma direção a ser seguida<sup>192</sup>. Razões que “...os *funcionários deverão levar em conta, se for o caso, como critério que os determine a inclinar-se em um ou em outro sentido*”<sup>193</sup>.

Podem ocorrer situações em que um princípio não prevaleça, tendo em vista a existência de outro princípio indicando razões em sentido contrário. DWORKIN adverte, contudo, que isso não significa que o princípio deixe de ser caracterizado como tal, uma vez que, no caso seguinte, em face da ausência de considerações contrárias, o princípio antes não prevalente pode vir a ser decisivo.

Em caso de conflito, os princípios e as regras apresentam diferentes modos de solução. Os **princípios** têm uma dimensão de **peso** ou **importância**, característica essa ausente na regras. “*Quando os princípios se interferem (...) quem deve resolver o conflito deve ter em conta o peso relativo de cada um*” (destacamos)<sup>194</sup>. O conflito entre **regras**, por sua vez, deve ser resolvido levando-se em conta o critério de **validade**, sendo que: “*A decisão a respeito de qual é válida e qual deve ser abandonada ou reformada, deve*

---

*particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero no difieren en el carácter de la orientación que dan*”.

<sup>191</sup> *Idem*.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 77. No original espanhol: “...los funcionarios deben tenerlo en cuenta, se viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido”.

<sup>194</sup> *Idem*. No original espanhol: “Cuando los principios se interfieren (...), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”.

*tomar-se apelando a considerações que transcendem às próprias regras*<sup>195</sup>. Tratam-se de regras que disciplinam a resolução das antinomias normativas, estabelecendo critérios de prioridades tais como anterioridade, autoridade superior, especialidade ou, ainda, a preferência de uma regra fundada nos princípios mais importantes<sup>196</sup>.

#### 4.2.3 Os princípios e regras segundo ALEXY

Observa ALEXY, inicialmente, que a distinção entre regras e princípios desempenha um papel essencial na teoria dos direitos fundamentais, na medida em que representa a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos, especialmente no que concerne à colisão e ao papel protagonizado pelos direitos fundamentais no sistema jurídico<sup>197</sup>.

Para ALEXY, a diferença entre princípios e regras é uma distinção **qualitativa** e não de grau<sup>198</sup>.

Os princípios são **mandados de otimização**, que devem ser realizados na maior intensidade possível. Seu cumprimento pode dar-se em diferentes graus na medida em que depende tanto de **possibilidades reais** como de **possibilidades jurídicas**<sup>199</sup>.

Em sentido contrário, as regras são normas que somente podem ser ou não cumpridas. *“Se uma regra é válida, então deve fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm **determinações** no âmbito do fático e juridicamente possível”* (destaques nossos)<sup>200</sup>.

---

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 78. No original espanhol: “La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas”.

<sup>196</sup> *Idem*.

<sup>197</sup> **Teoría de los Derechos Fundamentales**, p. 81.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>199</sup> *Idem*.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 87. No original espanhol: “Si una regla es válida, entonces de acerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fático y jurídicamente posible”.

Em caso de **conflito** entre regras, a solução é buscada através da introdução de uma **cláusula de exceção** em uma das regras que elimina o conflito ou, ainda, declarando-se inválida pelo menos uma das regras<sup>201</sup>.

Por outro lado, quando dois princípios entram em **colisão**, um dos princípios deve ceder ante ao outro, o que não significa declarar inválido o princípio deslocado ou que se tenha criado uma cláusula de exceção. O que verdadeiramente acontece, observa ALEXY, é que “...*sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão de precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm diferente peso e que prima em princípio o princípio com maior peso*”<sup>202</sup>.

Em última análise, portanto, quando ALEXY diz que o cumprimento dos princípios depende de possibilidades reais e jurídicas, ele se refere exatamente às circunstâncias de fato – **possibilidades reais** – e aos princípios que apresentam razões opostas – **possibilidades jurídicas** –, presentes no caso concreto.

Os princípios e as regras distinguem-se, ainda, segundo o autor, levando-se em consideração o seu caráter “*prima facie*”.

Os princípios são mandados de otimização que determinam que algo deve ser realizado na maior medida possível, considerando-se as possibilidades fácticas e jurídicas. Eles não contêm mandados definitivos, senão apenas “*prima facie*”. Os princípios apresentam razões que podem ser afastadas por outras razões opostas. “*O princípio não determina como há de se resolver a relação entre uma razão e sua oposta. Por isso, os princípios*

---

<sup>201</sup> A exemplo do que propõe DWORKIN, o problema, segundo ALEXY, pode ser solucionado através de regras que estabeleçam certas prioridades, como anterioridade, especialidade ou ainda a maior importância de uma das regras em conflito - *Ibidem.*, p. 88.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 89. No original espanhol: “...*bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso*”.

*carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e às possibilidades fácticas*<sup>203</sup>.

Naquilo que diz respeito às regras, no entanto, elas exigem que se proceda exatamente nos termos ordenados. As regras contêm uma determinação no âmbito das possibilidades fácticas e jurídicas. *“Essa determinação pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fácticas, o que pode conduzir à sua invalidez; mas, se isso não acontece, vale então definitivamente o que a regra diz*”<sup>204</sup>.

Essas considerações, observa ALEXY, poderiam conduzir a um modelo semelhante ao proposto por DWORKIN. Ou seja, de que os princípios indicam apenas direções a serem seguidas mas que não têm como consequência necessária uma determinada decisão, sendo que as regras se aplicam em termos de **tudo** ou **nada**.

ALEXY, a exemplo de DWORKIN, considera que as regras podem ser afastadas pela inserção de cláusulas de exclusão, discordando deste, no entanto, ao referir que as exceções à regra não poderiam ser exauridas no enunciado da própria regra. Com efeito, as cláusulas de exceção fundadas em outras regras ou ainda em princípios seriam inumeráveis. *“Nunca se pode estar seguro de que um novo caso não venha a introduzir uma nova cláusula de exceção*”<sup>205</sup>.

As regras podem sofrer modificação no seu caráter *“prima facie”*, portanto, tendo em vista a ocorrência de cláusulas de exceção verificadas no caso concreto ou devido à **inexistência** no sistema jurídico de uma vedação contra a desconsideração do caráter de mandamento definitivo contido nas regras<sup>206</sup>. A possível modificação do seu caráter *“prima facie”* não tem o condão de alterar a natureza das regras a ponto de equipará-las aos princípios.

---

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 99. No original espanhol: “*El principio no determina como ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas*”.

<sup>204</sup> *Idem*. No original espanhol: “*Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice*”.

<sup>205</sup> *Idem*. No original espanhol: “*Nunca se puede estar seguro de que un nuevo caso haya que introducir una nueva clusula de excepción*”.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 100.

Por outro lado, os princípios podem ter aumentado o seu caráter “*prima facie*”, o que igualmente não significa que eles venham a obter o mesmo caráter “*prima facie*” das regras. “*O caráter prima facie dos princípios pode reforçar-se introduzindo uma carga de argumentos em favor de determinados princípios ou determinados tipos de princípios*”<sup>207</sup>.

Desse modo, conclui ALEXY, também no que respeita ao caráter “*prima facie*”, “*...regras e princípios são claramente distintos à luz das diferenciações necessárias*”<sup>208</sup>.

#### 4.2.4 A distinção proposta por HUMBERTO ÀVILA

No direito brasileiro, HUMBERTO ÀVILA deu tratamento original à distinção entre princípios e regras. Não apenas pelos traços de originalidade, mas especialmente pela qualidade e clareza de suas ponderações, sua classificação merece ser destacada.

A proposta de distinção entre princípios e regras é denominada pelo autor como sendo uma **dissociação heurística**, na medida em que reconhece e privilegia o papel constitutivo do intérprete na edificação das normas jurídicas, funcionando como “*...modelo ou hipótese provisória de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto,*

---

<sup>207</sup> *Idem*, p. 100-101. No original espanhol: “*El carácter prima facie de los principios puede reforzarse introduciendo una carga de argumentación en favor de determinados principios o determinados tipos de principios*. Nesse ponto, veja-se o importante papel desempenhado pelos direitos fundamentais, no sentido de oferecer argumentos de reforço do caráter *prima facie* dos princípios. “*A decisão de incapacidade processual mostrou que tanto as normas que concedem direitos fundamentais ao indivíduo como as que ordenam a persecução de interesses da comunidade, podem ser concebidas como princípios. É possível introduzir uma carga de argumentação em benefício dos princípios do primeiro tipo e contra os do segundo, é dizer, uma carga de argumentação em benefício dos bens individuais e contra os bens coletivos. Algo parecido tem em mira Schlink quando diz que os ‘direitos fundamentais são regras da carga de argumentação’*” – destaques nossos. No original espanhol; “*La decisión de incapacidad procesal ha mostrado que tanto las normas que conceden derechos fundamentales al individuo como las que ordenan la persecución de intereses de la comunidad, pueden ser concebidas como principios. Es posible introducir una carga de argumentación en beneficio de los principios del primer tipo y en contra de los del segundo, es decir, una carga de argumentación en beneficio de los bienes individuales y en contra de los bienes colectivos. Algo parecido tiene en mira Schilink cuando dice que los ‘derechos fundamentales son reglas de la carga de la argumentación’*”.

<sup>208</sup> *Idem*. No original espanhol: “*...reglas y principios son claramente distintos a la luz de las diferenciaciones necesarias*”.



*assegurar qualquer procedimento dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos*<sup>209</sup>.

Trata-se, também, de uma **dissociação em alternativas inclusivas**. O autor entende que um dispositivo pode albergar mais de uma espécie normativa. “*Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)*”<sup>210</sup>.

Nesses termos, por exemplo, de acordo com HUMBERTO ÁVILA, o dispositivo constitucional que prescreve a igualdade de tratamento para a instituição de tributos – artigo 150, II, da Constituição Federal, poderia ser analisado como regra, como princípio ou como postulado.

Como *regra*, proíbe a criação ou o aumento de tributos que não sejam iguais para todos os contribuintes. Como *princípio*, porque estabelece como devida a realização do valor da igualdade. Como *postulado*, porque estabelece um dever jurídico de comparação (*Gebot der Vergleichung*) a ser seguido na interpretação e aplicação, preexcluindo critérios de diferenciação que não sejam aqueles previstos no próprio ordenamento jurídico<sup>211</sup>.

Quanto à proposta de distinção entre princípios e regras, HUMBERTO ÁVILA indica os seguintes critérios: i) **natureza do comportamento previsto**; ii) **natureza da justificação exigida**; iii) **medida de contribuição para a decisão**.

Levando em consideração a **natureza do comportamento exigido**, “...os **princípios** são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos”. As **regras**, por sua vez, podem ser consideradas como normas “...mediatamente finalísticas, ou seja, normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido”<sup>212</sup>.

---

<sup>209</sup> **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 6.ed. p. 68.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>211</sup> *Idem*.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 71-72.

O autor adverte, contudo, que ambas as normas podem ser examinadas tanto sob o ponto de vista comportamental como sob o ponto de vista finalístico, já que as regras prescrevem um comportamento para atingir determinado fim e os princípios estabelecem o dever de preservar um estado ideal de coisas através da adoção de certos comportamentos. Nesse sentido, a distinção estaria “...*centrada na proximidade de sua relação, imediata ou mediata, com fins que devem ser atingidos e com condutas que devem ser adotadas*”<sup>213</sup>.

No que diz respeito à **natureza da justificação exigida**, as regras exigem uma **correspondência** entre a **construção conceitual dos fatos** e a **construção conceitual da norma** e da **finalidade** que lhe dá suporte. Os princípios exigem uma **correlação** entre o **estado de coisas** posto como fim e os **efeitos** decorrentes da conduta havida como necessária. Segundo HUMBERTO ÁVILA, esse critério possibilita verificar que “...*a diferença entre as categorias normativas não é centrada no modo de aplicação, tudo ou nada ou mais ou menos, mas no modo de justificação necessário a sua aplicação*”<sup>214</sup>. As regras possuem, também, um caráter **retrospectivo**, “...*na medida em que descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador*”, sendo que os princípios possuem um caráter **prospectivo**, “...*já que determinam um estado de coisas a ser construído*”<sup>215</sup>.

No que tange à **medida de contribuição para a decisão**, os princípios não têm pretensão de gerar uma solução específica, mas sim de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Desse modo, os princípios são **primariamente complementares** e **preliminarmente parciais**<sup>216</sup>. Esse critério tem a capacidade de realçar a maior *interdependência dos princípios*, onde se destaca a “...*relação de imbricamento ou entrelaçamento entre eles*”<sup>217</sup>, explica o autor. “*Isso se dá...*” – prossegue HUMBERTO ÁVILA – “...*justamente porque os princípios estabelecem diretrizes valorativas a serem atingidas, sem descrever, de antemão, qual o comportamento adequado a essa realização. Essas diretrizes valorativas*

---

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>214</sup> *Idem*.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p.76

<sup>216</sup> *Idem*.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p.77.

*cruzam-se recíprocamente, em várias direções, não necessariamente conflitantes*<sup>218</sup>.

Por outro lado, as regras são **preliminarmente decisivas e abarcantes**, uma vez que, “...a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões”<sup>219</sup>.

Em outras palavras, se os **princípios** têm uma pretensão de **complementariedade** e **parcialidade**, visando contribuir, ao lado de outras razões, para a decisão, as **regras** têm uma pretensão **terminativa**, uma vez que buscam gerar uma solução específica para a questão. “O preenchimento das condições de aplicabilidade é a própria razão de aplicação das regras”<sup>220</sup>.

Examinadas algumas distinções entre princípios e regras, passaremos à análise do devido processo legal, buscando caracterizá-lo como princípio ou como regra. Para tanto, utilizaremos os critérios fornecidos por HUMBERTO ÁVILA que parecem propiciar os melhores argumentos para que se possa responder satisfatoriamente à seguinte questão<sup>221</sup>: o devido processo legal é um princípio ou é uma regra?

### 4.3 Devido Processo Legal: regra ou princípio?

#### 4.3.1 Devido processo legal como regra

Analisemos, em primeiro lugar, a hipótese do devido processo legal como regra. Para tanto, mais uma vez nos socorremos do auxílio de HUMBERTO ÁVILA para buscar uma definição de regras, a partir dos critérios acima examinados:

---

<sup>218</sup> *Idem.*

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>221</sup> Justifica-se a escolha tendo em vista as características da classificação proposta, que busca destacar o necessário entrelaçamento entre os princípios, se bem como entre eles e as regras. Trata-se, portanto, de uma proposta que tem um fundamento estruturante e que põe em destaque o papel constitutivo desempenhado pelo intérprete, ao mesmo tempo em que permite maior controle sobre seus argumentos.

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.<sup>222</sup>

A manifestação contida no art. 5º, LIV, da Constituição Federal – *“ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”* – pode ser caracterizada como regra?

As expressões utilizadas pelo constituinte, muito embora sejam imperativas quanto à vedação da privação de determinados direitos, parecem não preencher o caráter de normas **imediatamente descritivas**, uma vez que não determinam, com exatidão, o comportamento devido nem uma solução específica. Falta-lhes o elemento descritivo inerente às regras.

Verifica-se ausente, portanto, a pretensão de decidibilidade. A dicção utilizada pela Constituição Federal não permite que se estabeleça a **correspondência** entre a **construção conceitual dos fatos** e a **construção conceitual da norma** e da **finalidade** que lhe dá suporte.

Poder-se-ia argumentar, entretanto, que o texto da norma descreve, ainda que genericamente, determinadas condições de fato onde todo aquele que estiver na contingência de sofrer privação da sua liberdade ou de seus bens tem direito ao devido processo legal, pena de impossibilidade de privação desses direitos.

Se efetuarmos a reconstrução do texto da norma nesses termos, poderemos nos aproximar das características das regras. No entanto, quer parecer que se trata muito mais de uma reformulação do dispositivo, quase uma inversão na ordem de regência, onde persiste a ausência de um elemento descritivo que permita identificar com exatidão o comportamento devido. Em outras palavras, não se mostra possível estabelecer condições de aplicabilidade para que possam ser preenchidas no caso concreto.

---

<sup>222</sup> HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios...*, *op. cit.*, p. 78.

Em última análise, portanto, as expressões utilizadas pelo constituinte de 1988 parecem mesmo não indicar que o dispositivo examinado seja uma regra.

#### 4.3.2 Devido processo como princípio

A exemplo do que fizemos no tópico anterior, vejamos a proposta conceitual de HUMBERTO ÁVILA quanto aos princípios:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção.<sup>223</sup>

O devido processo legal é uma norma **imediatamente finalística**, na medida em que estabelece um estado ideal de coisas para cuja realização são exigidos determinados comportamentos. Não há dúvidas, ademais, de que se trata de uma norma **prospectiva**, já que esse estado ideal de coisas é algo a ser construído.

A fim de que se possa antecipar, minimamente, que comportamentos devem ser exigidos como meios para alcançar esse estado ideal de coisas, é necessária a articulação do devido processo legal com outros princípios e regras estabelecidos tanto no texto constitucional como na legislação ordinária. Tem-se, portanto, como preenchido o caráter de complementariedade e de parcialidade do devido processo legal no processo de tomada da decisão, assim como a necessidade da avaliação entre o estado ideal de coisas e os efeitos da conduta havida como necessária à sua realização.

Assim, pode-se concluir que a expressão usada pelo legislador constituinte – “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” – é efetivamente um princípio e não uma regra.

---

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 78-79

Caracterizando-se, portanto, como princípio, cabem ainda alguns esclarecimentos que dizem respeito à eficácia dos princípios, com apoio também das idéias de HUMBERTO ÁVILA.

#### 4.3.2.1 Eficácia interna dos princípios

Os princípios são normas **preliminarmente finalísticas**, que visam estabelecer um estado ideal de coisas a ser buscado, cuja definição depende de sua conexão com outras normas; ou seja, com outros princípios mas também e sobretudo com as regras. O cumprimento de sua finalidade normativa depende, portanto, da sua interferência com outras normas do ordenamento jurídico. Daí a necessidade de verificar-se de que forma os princípios podem se relacionar com essas normas. A **eficácia interna** dos princípios, portanto, diz respeito à sua relação com outras normas do sistema jurídico.

Os princípios possuem **eficácia interna direta e indireta**.

A **eficácia interna direta** diz respeito à “...*atuação sem intermediação ou interposição de um outro (sub-)princípio ou regra*”. Destaca-se, no que diz respeito à eficácia interna direta, a função **integrativa dos princípios** “...*na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo*”<sup>224</sup>. A eficácia integrativa permite a aplicação direta do princípio, no sentido de estabelecer no caso concreto um comportamento necessário à realização de um estado de coisas, mesmo diante da inexistência de uma previsão mais específica contida em subprincípio ou regra.

A **eficácia interna indireta** refere-se à “*atuação com intermediação ou interposição de um outro (sub-)princípio ou regra*”<sup>225</sup>.

Nesse contexto, os princípios podem apresentar, em primeiro lugar, uma **função definatória**, “...*na medida em que delimitam, com maior especifici-*

---

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 98.

ção, o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiológicamente superior<sup>226</sup>.

Apresentam, também, uma **função interpretativa**, “...na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos”<sup>227</sup>.

Por fim, verifica-se uma **função bloqueadora**, uma vez que “...afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido”<sup>228</sup>.

#### 4.3.2.2 Eficácia externa dos princípios

Os princípios, na qualidade de normas jurídicas, não se relacionam apenas com outras normas jurídicas. “Elas (as normas) atuam sobre a compreensão dos próprios fatos e provas. Com efeito, sempre que se aplica uma norma jurídica é preciso decidir, dentre todos os fatos ocorridos, quais deles são pertinentes (exame de pertinência) e, dentre todos os pontos de vista, quais deles são os adequados para interpretar os fatos (exame de valoração)”<sup>229</sup>.

A eficácia externa dos princípios, portanto, diz respeito à interpretação dos próprios fatos. “Não se interpreta a norma depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente”<sup>230</sup>. Os princípios, manifesta HUMBERTO ÁVILA, “estabelecem indiretamente um valor pelo estabelecimento de um estado ideal de coisas a ser buscado, indiretamente eles fornecem um parâmetro para o exame de pertinência e da valoração”<sup>231</sup>.

A eficácia externa dos princípios manifesta-se de forma **objetiva** (seletiva e argumentativa) e **subjativa**.

---

<sup>226</sup> *Idem.*

<sup>227</sup> *Idem.*

<sup>228</sup> *Idem.*

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>230</sup> *Idem.*

<sup>231</sup> *Idem.*

A eficácia externa objetiva **seletiva** diz respeito à **seleção dos fatos pertinentes** como resultado do processo de interpretação. “*Os fatos são construídos pela mediação do discurso do intérprete. A existência mesma do fato não depende da experiência, mas da argumentação*”<sup>232</sup>. A eficácia externa objetiva **argumentativa**, por sua vez, diz respeito à **valoração dos fatos** selecionados “...*de modo a privilegiar os pontos de vista que conduzam à valorização dos aspectos desses mesmos fatos, que terminem por proteger aqueles bens jurídicos*”<sup>233</sup>.

A eficácia externa **subjéctiva** dos princípios refere-se à **função de defesa ou de resistência**, uma vez que “...*os princípios jurídicos funcionam como direitos subjéctivos quanto proíbem as intervenções do Estado em direitos de liberdade...*”, exercendo, também, em relação a esses direitos, uma **função protetora**. “*Ao Estado não cabe apenas respeitar os direitos fundamentais, senão também o dever de promovê-los por meio da adoção de medidas que os realizem da melhor forma possível*”<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 102.



## Capítulo 5

### O Devido Processo Legal no Estado Democrático de Direito

#### 5.1 Introdução

Uma vez fixada a idéia do devido processo legal como princípio, cabe agora estabelecer a sua articulação com outras normas do ordenamento constitucional, princípios e regras, a fim de que possamos visualizar, minimamente, o **estado ideal de coisas** pretendido pelo legislador constituinte quando incorporou o “*due process of law*” ao texto da Constituição Federal.

Em primeiro lugar, cumpre dizer que não se trata de “qualquer” princípio. Verificou-se que o devido processo percorreu longo caminho histórico. Encontra-se na mesma categoria de outros princípios que foram “...*historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional*”, como esclarece CANOTILHO, o que lhe permite gozar do status de **princípio jurídico fundamental**, constituindo importante fundamento para a interpretação, a integração, o conhecimento e a aplicação do direito positivo<sup>235</sup>.

Dadas essas características, é possível dizer que o Princípio do Devido Processo Legal se enquadra perfeitamente na célebre definição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que considera princípio “...*mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, **disposição funda-***

---

<sup>235</sup> J. J. GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional...** *op. cit.*, p. 1151.

*mental 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” (destaques nossos)<sup>236</sup>.*

Trata-se, portanto, de um **sobreprincípio**, pois, a exemplo de outros sobreprincípios, como o Estado Democrático de Direito, a Dignidade da pessoa Humana e a Igualdade, atua “...‘sobre outros princípios”, observa HUMBERTO ÁVILA, sendo que a nota que permite distingui-los dos demais princípios é o desempenho da “...**função rearticuladora**...” que permite “...**a interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado**. Por exemplo, o sobreprincípio do devido processo legal permite o relacionamento entre os subprincípios da ampla defesa e do contraditório com as regras da citação, de intimação, do juiz natural e da apresentação de provas, de tal sorte que cada elemento, pela relação que passa a ter com os demais em razão do sobreprincípio, recebe um significado novo, diverso daquele que teria caso fosse interpretado isoladamente” (destaques nossos)<sup>237</sup>.

É possível dizer, diante dessas considerações iniciais, que estamos diante de uma das disposições mais importantes do texto constitucional brasileiro, irradiando-se sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico, especialmente aquelas que se relacionam direta ou indiretamente com os direitos fundamentais.

## **5.2. Legitimação do exercício do poder**

Resgatando as idéias expostas no terceiro capítulo, é possível dizer que o devido processo legal pretende **legitimar** o exercício do “poder” no espaço do Estado Democrático de Direito proclamado no artigo 1º da Constituição Federal. Essa legitimação deve ocorrer através do **respeito aos direitos fundamentais**, fundados no **Princípio da Dignidade da Pessoa**

---

<sup>236</sup> **Curso...**, *op.cit.*, p. 902-903.

<sup>237</sup> **Teoria...**, *op. cit.*, p. 98-99.

**Humana**, bem como através da garantia de **participação popular na tomada de decisões** das quais serão destinatários os cidadãos.

Trata-se, aliás, de entendimento acolhido pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao tema ora em discussão, no julgamento do **Mandado de Segurança nº 25.668**. Estava em discussão a quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico por decisão emitida por Comissão Parlamentar de Inquérito. O plenário da corte, sob a condução do Ministro CELSO DE MELLO, manifestou à unanimidade que o exercício legítimo do “poder” estatal ocorre quando são respeitados os direitos fundamentais. Colhe-se do voto condutor o seguinte trecho:

**A observância dos direitos e garantias constitui fator de legitimação** da atividade estatal. **Esse dever de obediência** ao regime da lei **se impõe a todos** – magistrados, administradores e legisladores.

**O poder não se exerce de forma ilimitada**. No Estado democrático de Direito, **não há lugar para o poder absoluto**.

**Ainda que em seu próprio domínio institucional**, portanto, **nenhum órgão estatal** – como Comissão Parlamentar de Inquérito, p. ex. – **pode**, legitimamente, **pretender-se superior ou supor-se fora do alcance da autoridade suprema** da Constituição Federal e das leis da República.

**O respeito efetivo** pelos direitos individuais e pelas garantias fundamentais outorgadas pela ordem jurídica aos cidadãos em geral **representa**, no contexto de nossa experiência institucional, **o sinal mais expressivo e o indício mais veemente** de que se **consolida**, em nosso País, de maneira real, **o quadro democrático** delineado na Constituição da República (*sic*)<sup>238</sup>.

Em outro precedente, no julgamento da **Questão de Ordem no Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 1033**, o Supremo Tribunal Federal reafirma esse entendimento, agora com expressa referência ao Princípio do Devido Processo Legal, onde o pleno da Corte Suprema, novamente sob a liderança do Ministro CELSO DE MELLO, assim se pronunciou:

A **imposição** estatal **restrições** de ordem jurídica, **quer se concretize** na esfera judicial, **quer se realize** no âmbito estritamente administrativo (**como sucede** com a inclusão de **supostos** devedores em cadastros públicos de inadimplentes), **supõe**, para legitimar-se constitucionalmente, **o efetivo respeito**, pelo Poder Público, da garantia **indisponível** do “*due process of law*”, **assegurada**, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), **à generalidade** das pessoas, **inclusive** às próprias pessoa jurídicas de direito

---

<sup>238</sup> Diário da Justiça da União de 04 de agosto de 2006, p. 27

público, **eis que** o Estado, **em tema** de limitação ou supressão de direitos, **não pode exercer** a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. **Doutrina. Precedentes** <sup>239</sup>.

O carácter finalístico do devido processo legal representa esse ideal de **legitimação do exercício do “poder”** na República Federativa do Brasil. A articulação do *due process of law* com os demais princípios e regras da constituição deve ter sempre em perspectiva a realização desse estado ideal de coisas. Não se deve esquecer, que é através da relação entre a realidade do exercício do “poder” e as disposições contidas no texto constitucional que se verifica possível definir uma constituição como **normativa, nominal** ou **semântica**, de acordo com a classificação proposta por KARL LOEVENSTEIN <sup>240</sup>.

### 5.3 Que liberdades e bens são protegidos pelo *due process of law*?

As expressões contidas no artigo 5º, LIV, devem ser interpretadas no sentido de dar a maior eficácia possível aos direitos e garantias fundamentais. Desse modo, é preciso ampliar o significado dos termos empregados pelo constituinte, a fim de que eles possam efetivamente cumprir com o fim a que se propõem.

Uma interpretação restritiva das palavras “**liberdade**” e “**bens**” contida na constituição levaria à consideração de que apenas o **direito à liberdade de locomoção** – liberdade de ir, vir e permanecer – e o **direito de propriedade** estariam assegurados pela cláusula do devido processo legal. Limitar o alcance do dispositivo a esse significado equivaleria a retroceder ao tempo da edição da Magna Carta em plena Idade Média.

Basta uma simples passada de olhos no texto da constituição para perceber que há um largo espectro de significação possível para o enunciado contido no artigo 5º, LIV. No que diz respeito à **liberdade**, EGON

---

<sup>239</sup> Diário da Justiça da União de 16 de junho de 2006, p. 4.

<sup>240</sup> **Teoría de la Constitución**, p. 216-222.

BOCKMANN MOREIRA expõe que: “O substantivo ‘liberdade’ deve ser entendido em sentido amplíssimo, de molde a assegurar todos os direitos a ela vinculados – parcial ou totalmente, direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente – no texto constitucional”<sup>241</sup>.

Explicitando ainda mais o significado da expressão, JOSÉ AFONSO DA SILVA registra que: “O Conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”<sup>242</sup>. E em complemento a essas idéias, o professor paulista traz a cotejo a definição de JEAN RIVERO, no sentido de que “...a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo o seu comportamento pessoal”<sup>243</sup>.

Há, enfim, no texto constitucional, numerosas referências a direitos que se traduzem em verdadeira expressão do direito de liberdade como poder de autodeterminação do indivíduo em busca da realização de sua felicidade pessoal.

Da mesma forma, a palavra “bens” contida no dispositivo em discussão não pode ser interpretada de maneira restritiva, tal como poderia acontecer se nos utilizássemos da definição estabelecida nos artigos 79 a 103 do Código Civil brasileiro: bens imóveis, móveis e os bens públicos. Ou seja, tratar-se-ia de uma visão eminentemente patrimonialista, incompatível com o estado de coisas que se pretende estabelecer.

Por outro lado, o *caput* do artigo 5º da constituição não deixa dúvidas quanto à pretensão inclusiva e pluralista dos direitos fundamentais: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos

---

<sup>241</sup> **Processo Administrativo...**, *op. cit.*, p. 269.

<sup>242</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. 233.

<sup>243</sup> *Idem.* JOSÉ AFONSO DA SILVA indica, ainda, cinco grandes grupos de liberdades: a) liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação); b) liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento); c) liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação); d) liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício do trabalho, ofício e profissão); e) liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade de autonomia, contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho) – **Curso...**, *op. cit.*, p. 235.

*termos seguintes*". Assim, são diversos os matizes que as palavras liberdade e bens podem apresentar, não sendo possível enumerar, de antemão, todas as hipóteses possíveis. Parece adequado, portanto, interpretar o texto inscrito no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal no sentido de que **ninguém será privado de seus direitos sem o devido processo legal**.

A partir dessas interconexões, desses relacionamentos recíprocos efetuados com outros dispositivos constitucionais, é possível antecipar alguns comportamentos que se fazem devidos para a realização do devido processo legal. Por exemplo, quando a Constituição estabelece a **regra** de que a **interceptação telefônica** somente será autorizada por **ordem judicial** (artigo 5º, XII), ela está prescrevendo um comportamento que deverá ser obrigatoriamente obedecido para a realização do devido processo legal.

Veja-se, portanto, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais desempenha uma papel da maior importância. Com efeito, os direitos fundamentais não representam apenas pretensões subjetivas dos indivíduos perante o Estado ou contra outros indivíduos. Eles atuam no sentido de estabelecer pautas finalísticas e comportamentais que podem/devem ser articuladas com o devido processo.

Por outro lado, os direitos fundamentais insculpidos no texto da Constituição Federal reportam-se tanto a direitos que possuem uma **relação mais direta** com o **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana** – liberdade, propriedade, saúde, trabalho, educação, por exemplo – como a direitos que têm **relação mais direta** com a **democracia** – direito à informação, direito de petição, liberdade de imprensa, liberdade de expressão, por exemplo.

Essas aproximações indicam que tanto os direitos relacionados com a realização da dignidade da pessoa humana como aqueles relacionados com a cidadania buscam estabelecer o mesmo estado ideal de coisas: legitimação do “poder”. Esses direitos, portanto, não têm uma finalidade autônoma. Ou seja, uma finalidade que se esgota em si.

Desse modo, é preciso reiterar que no espaço do Estado Democrático de Direito não mais tem sentido a distinção criticada anteriormente entre devido processo substantivo e adjetivo. Os direitos materiais e procedimen-

tais gozam, no Estado Democrático de Direito, do mesmo “*status*” jurídico. Pode-se dizer, entretanto, que eles são imediata/mediatamente substantivos ou imediata/mediatamente adjetivos, na medida da sua proximidade ou não com procedimentos a serem observados.

Por exemplo, o direito que a parte tem de produzir determinada prova não está referido ao cumprimento de uma simples formalidade. A produção da prova está relacionada, sempre, à possibilidade de deduzir-se, antes da tomada de uma decisão final, argumentos em prol dos direitos que se encontram em discussão. Assim, a privação indevida do direito à produção da prova tem como consequência necessária a vedação do direito de expor argumentos que deverão ser considerados pelo juiz ou pela autoridade administrativa. A negativa da prova, nessas circunstâncias, reflete-se na impossibilidade de participação efetiva da parte que, em última análise, será destinatária dessa mesma decisão<sup>244</sup>.

### 5.3.2 O devido processo nas relações entre particulares

Os indivíduos não travam relações de “poder” apenas com o Estado mas também com outros indivíduos. Quando se fala em relações de poder a que os indivíduos se sujeitam, as relações travadas entre eles e o Estado talvez sejam as que em primeiro lugar se apresentem como exemplo. Porém, outras tantas relações dessa espécie se apresentam e o Estado não desempenha, necessariamente o papel de protagonista das mesmas. Assim, por exemplo, no âmbito familiar, as relações decorrentes do **pátrio poder**; no trabalho, aquelas decorrentes da **relação de emprego**; na economia, numerosas relações decorrem do maior **poder econômico** de uns em relação a outros.

Não necessariamente essas relações possuem um vínculo formal entre elas. E o mesmo indivíduo pode viver várias relações de poder

---

<sup>244</sup> Veja-se o pensamento de LUIZ GUILHERME MARINONI sobre o tema: “*A legitimação pela participação decorre da efetividade da participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação, sem outorgar às partes as condições necessárias a tanto, implica em negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a idéia de participação*” - **Teoria Geral do Processo**, v. 1., p.399.

concorrentemente; e não necessariamente os indivíduos ocupam a mesma posição em uma ou mais relações de “poder”. Podemos dizer, com apoio em FOUCAULT, que o “poder” possui um caráter transitório. Ele não emana, necessariamente, de uma fonte central. O poder não está sujeito a uma relação de posse. “*O poder funciona...*” – adverte FOUCAULT – “...o Poder se exerce em rede, e nessa rede, não só os indivíduos circulam, mas estão sempre em posição de ser submetidos a esse poder e também exercê-lo (...) o poder transita pelos indivíduos, não se aplica a eles”<sup>245</sup>.

O devido processo tem por fim estabelecer a legitimação do “poder” através do respeito aos direitos fundamentais. Tais direitos, no espaço do Estado Democrático de Direito, não estão voltados unicamente para a proteção e para a promoção dos direitos dos indivíduos no interior das relações entre eles e o Estado. Isso significaria desconsiderar importante parcela de relações que se estabelecem no seio da comunidade das quais o Estado participa apenas mediatamente<sup>246</sup>.

Desse modo, parece lícito supor que os direitos fundamentais têm eficácia também sobre as relações vividas entre particulares. Aliás, muito mais do que uma simples suposição, a própria Constituição cuidou de disciplinar alguns aspectos dessas relações. Assim o fez, por exemplo, no que diz respeito às relações de emprego – artigo 6º ao artigo 11 – às

---

<sup>245</sup> FOUCAULT, M. *Em Defesa da Sociedade*, p. 35. Sobre o tema, vejam-se as considerações de RICARDO MARCELO FONSECA: Foucault, o direito e a ‘sociedade de normalização’, in Ricardo Marcelo Fonseca (org.) **Crítica da Modernidade: diálogos com o direito**, p. 109-127.

<sup>246</sup> Sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações de direito privado, ampliar em: LUIZ EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK, Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, p. 87-104; JOSÉ ANTONIO PERES GÉDIEL, A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, p. 149-164; ALDACY RACHID COUTINHO, A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, p. 165-184; CLAUS-WILHELM CANARIS, A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, p. 223-244; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, p. 271-298; JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, Dogmática de Direitos Fundamentais e direito privado, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, p. 339-357. Consulte-se, ainda, CLAUS WILHEM CANARIS, **Direitos Fundamentais e Direito Privado**, *passim*.



relações entre produtores e consumidores – artigo 170, V –, bem com no que diz respeito às relações em família – artigo 226, §5º.

Em última análise, o Princípio do Devido Processo tem um importante papel a ser desempenhado no âmbito das relações privadas, visando sempre a legitimação dessas relações tanto quanto nas relações travadas diretamente entre os indivíduos e o Estado.

No sentido do que estamos aqui a defender, veja-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ**, que teve como Relator para o Acórdão o Ministro GILMAR MENDES<sup>247</sup>. Discutiu-se nesse caso a exclusão de sócio de uma associação privada sem fins lucrativos, UBC – União Brasileira de Compositores, integrante da estrutura do ECAD – Escritório Central de Arrecadação de Direitos Autorais, sem que lhe fosse assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

O STF entendeu, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais vinculam não apenas os “poderes” públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos “poderes” privados. Assentou igualmente o entendimento de que os princípios constitucionais constituem limitações ao exercício da autonomia privada.

A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia privada não confere aos particulares, no domínio da sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais<sup>248</sup>.

Por fim, o Supremo Tribunal reconheceu que a associação em questão integra o que se pode denominar de espaço público não-estatal, “...*assumindo posição privilegiada para determinar a extensão, gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados*”<sup>249</sup>. Com base nessas premissas, consi-

---

<sup>247</sup> Diário de Justiça da União de 27 de outubro de 2006, p. 64.

<sup>248</sup> *Idem*.

<sup>249</sup> *Idem*.

derou contrário ao devido processo legal a exclusão do sócio sem que lhe fossem assegurados o contraditório e a ampla defesa.

A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício da profissão do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a **aplicação direta dos direitos fundamentais do devido processo legal e à ampla defesa** (art. 5º, LIV e LV, CF/88)<sup>250</sup>.

À guisa de conclusão, é possível verificar claramente que Supremo Tribunal se utilizou do Princípio do Devido Processo como um importante argumento para a sua decisão. Porém, buscou estabelecer o relacionamento desse princípio com outros que se apresentavam pertinentes para a análise do caso. Assim, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa e a liberdade de exercício profissional, sendo este o direito que, em última análise, pretendeu-se proteger.

### 5.3.3 O devido processo nas relações entre os particulares e o Estado

O respeito aos direitos e garantias fundamentais constitui a pauta pela qual se deve guiar o “Poder” Público quando no exercício das funções que lhe foram cometidas pelo ordenamento jurídico. No Estado Democrático de Direito, todos os poderes públicos estão vinculados à obediência do Princípio da Supremacia da Constituição. A legitimidade do exercício do “poder” estatal, portanto, depende da observância das disposições constitucionais, notadamente daquelas que impõem a obediência a determinados procedimentos e o respeito aos direitos dos cidadãos.

O devido processo legal se apresenta como **idéia-síntese** dos procedimentos e direitos que devem ser observados pelo “Poder” Público. Daí a impossibilidade de captação imediata do seu conteúdo ou de definição dos procedimentos a serem seguidos e dos direitos a serem respeitados. Não

---

<sup>250</sup> *Idem.*

é possível antever todas as hipóteses de aplicação do devido processo, mas sem dúvida alguma é possível imaginar alguns comportamentos exigíveis para a sua realização, através das conexões realizadas com outros princípios e regras constitucionais, bem assim com disposições normativas constantes da legislação ordinária, que devem ser interpretadas com vistas à concretização do “*due process of law*”.

A previsão de alguns comportamentos exigíveis é possível, ainda, através da análise de decisões judiciais, especialmente, das cortes superiores, que revelam a riqueza de possibilidades interpretativas do princípio ora em discussão.

### **5.3.4 Das relações do devido processo com outros princípios constitucionais**

#### **5.3.4.1 Os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa**

O artigo 5º, LV, da Constituição Federal, dispõe que: “*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*”.

BARBOSA MOREIRA define o contraditório como a possibilidade de autor e réu participarem efetivamente do desenrolar do processo, “...*de expor suas razões ao juiz, de aportar as provas de suas alegações, de apresentar suas observações sobre os argumentos do adversário e sobre as provas trazidas por este ou ordenadas de ofício*”<sup>251</sup>. O contraditório implica, igualmente, para o juiz, “...*a interdição de tomar medidas sem comunicar as partes e de sustentar suas decisões sobre fatos e resultados da instrução a respeito dos quais elas não puderam se manifestar*”<sup>252</sup>.

Tratando do tema, o jurista italiano PAOLO TONINI examina-o sob dois ângulos distintos: contraditório em sentido **objetivo** e **subjetivo**.

---

<sup>251</sup> **Temas...**, *op. cit.*, p. 42.

<sup>252</sup> *Idem*.

O sentido **objetivo** do contraditório diz respeito ao processo de formação da prova. “A verdadeira prova...” – explica o autor – “...não é aquela que se obtém sob sigilo, por meio de pressões unilaterais, mas aquela cuja formação ocorre de modo dialético”<sup>253</sup>. Por sua vez, o contraditório em sentido **subjetivo** diz respeito ao direito do acusado de inquirir ou fazer inquirir as pessoas que prestem declarações contra ele. “Trata-se do reconhecimento constitucional de o acusado confrontar-se com o seu acusador, direito que deve encontrar atuação perante um juiz”<sup>254</sup>.

Em ambas as acepções, identifica-se o contraditório com a **possibilidade de participação ativa do cidadão no processo de decisão judicial**, observa LUIZ GUILHERME MARINONI. Constitui “...abandono da concepção carismática do processo (tarefa exclusiva do órgão estatal julgador), conduzindo à **concepção democrática do processo** (tarefa de todos os participantes)”, pontua ROMEU FELIPE BACELAR FILHO. Como assevera ALFREDO BARGI, o direito à prova corresponde ao **direito fundamental de defender-se provando**. Mas não é só. Através do direito à prova, garante-se ao cidadão o direito de atuar sobre o “*thema decidendum*” e de expor plenamente a própria defesa na reconstrução do acontecimento histórico<sup>255</sup>.

Veja-se, nesse ponto, importante precedente do Supremo Tribunal Federal. No julgamento do **Mandado de Segurança nº 24.268-MG**, o pleno da Corte Suprema, sob a liderança do Ministro GILMAR MENDES, assentou, por ampla maioria, vencida a Ministra ELLEN GRACIE, o entendimento de que o direito à ampla defesa não se resume a **simples direito de manifestação no processo mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo julgador**. De outro lado, o STF não deixou dúvidas quanto à **incidência** dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal no âmbito do processo administrativo:

---

<sup>253</sup> **A Prova no Processo Penal Italiano**, p. 27.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>255</sup> **Teoria...**, *op. cit.*, p. 313; **Procedimento Probatorio e Giusto Processo**, p. 34-35; **Processo...**, *op. cit.*, p. 229; 233. No mesmo sentido, CÂNDIO RANGEL DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil**, p. 213-217.

Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. **Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988.** Âmbito de proteção que contempla todos os **processos**, judiciais ou **administrativos**, e **não se resume a um simples direito de manifestação no processo**. 4. Direito constitucional comparado. **Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador.** 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. **6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica.** 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. **8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo.** 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. **Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público.** 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV); (destaques nossos)<sup>256</sup>.

A relação entre o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal talvez seja a mais antiga dentre todas as demais, encontrando sua origem nas exigências de “*notice and hearing*” presente no direito dos países da “*common law*”. Ou seja, de um lado, o direito ao conhecimento claro dos fatos, das razões e das provas existentes em desfavor daquele que está sendo demandado; de outro lado, o direito a deduzir argumentos e produzir provas perante o juiz, que encontra significado na expressão “*his in day in court*” (seu dia na corte).

A descrição dos fatos e a indicação das razões tem íntima conexão, por sua vez, com o direito à **informação** e o **Princípio da Publicidade dos Atos do Poder Público**, a fim de que o cidadão se possa posicionar criticamente perante eles. Somente é possível produzir provas e deduzir argumentos contrários à pretensão estatal quando se tem plena ciência dos fatos imputados contra si. Desse modo, deve o acusado ser cientificado, de

---

<sup>256</sup> Diário da Justiça da União de 17 de setembro de 2004.

forma clara e precisa, desses fatos, a fim de que possa organizar, adequadamente, a sua defesa.

No âmbito do processo penal, por exemplo, exige-se que a denúncia descreva claramente o fato ilícito que se pretende apurar. Não se admite, no direito brasileiro, a denúncia genérica, que não descreva de forma completa a conduta imputada ao acusado, com todas as suas circunstâncias.

Em homenagem a essas garantias, os tribunais superiores passaram a não mais admitir o oferecimento de denúncias genéricas, em sede de delitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas. Trata-se de uma sensível alteração do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que antes admitiam a descrição do fato ilícito sem, no entanto, descrever a conduta do acusado. Consoante orientação pretérita, os requisitos legais e constitucionais da denúncia estariam atendidos com a descrição dos fatos e a sua imputação de forma geral àqueles que se encontrassem inscritos nos atos constitutivos da pessoa jurídica.

O julgamento do **Habeas Corpus nº 85.327**, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que teve como relator o Ministro GILMAR MENDES, ilustra bem o que estamos a sustentar. Isso é, tanto a necessidade de **descrição pormenorizada da conduta** imputada ao acusado como a **mudança de orientação** da corte sobre a matéria. Veja-se, a propósito, trecho da ementa do acórdão:

**Mudança de orientação jurisprudencial**, que, no caso de **crimes societários**, entendia ser apta a denúncia que não individualizasse as condutas de cada indiciado, **bastando a indicação de que os acusados fossem de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos**. Precedentes: HC nº 86.294-SP, 2ª Turma, por maioria, de minha relatoria, DJ de 03.02.2006; HC nº 85.579-MA, 2ª Turma, unânime, de minha relatoria, DJ de 24.05.2005; HC nº 80.812-PA, 2ª Turma, por maioria, de minha relatoria p/ o acórdão, DJ de 05.03.2004; HC nº 73.903-CE, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 25.04.1997; e HC nº 74.791-RJ, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 09.05.1997. 5. **Necessidade de individualização das respectivas condutas dos indiciados**. 6. Observância dos princípios do **devido processo legal** (CF, art. 5º, LIV), da **ampla defesa, contraditório** (CF, art. 5º, LV) e da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Precedentes: HC nº 73.590-SP, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 13.12.1996; e HC nº 70.763-DF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.09.1994. 7. **No caso concreto**,

**a denúncia é inepta porque não pormenorizou, de modo adequado e suficiente, a conduta dos pacientes** (destaques nossos) <sup>257</sup>.

Em outro precedente do Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 72506, a Primeira Turma, sob a batuta do Ministro CELSO DE MELLO, não obstante tenha considerado que a denúncia se apresentava como válida, não deixou dúvidas quanto às exigências que devem ser cumpridas pela inicial acusatória no Estado Democrático de Direito.

**A inépcia da denúncia caracteriza situação configuradora do desrespeito estatal ao devido processo legal.** É que a imputação penal contida na peça acusatória não pode ser resultado da vontade pessoal e arbitrária do órgão acusador. (...) Incumbe ao Ministério Público, em **processo de estrutura acusatória**, regido por valores e princípios que dão fundamento ao **Estado Democrático de Direito**, apresentar denúncia que veicule, de modo claro e objetivo, com todos os elementos estruturais, essenciais e circunstanciais que lhe são inerentes, a descrição do fato delituoso, em ordem a viabilizar o **exercício legítimo da ação penal** e a ensejar, a partir da estrita observância dos pressupostos estipulados no art. 41 do CPP, **a possibilidade de efetiva atuação, em favor daquele que é acusado, da cláusula constitucional da plenitude da defesa** (destaques nossos) <sup>258</sup>.

Em última análise, o direito à participação no processo de decisão pressupõe a descrição clara da conduta imputada ao acusado. Somente a partir dessas informações é que se pode pensar na produção de provas, contraditório em sentido objetivo, e no direito ao exame cruzado dos depoimentos prestados em juízo, contraditório em sentido subjetivo, nos termos, como já vimos, propostos por TONINI.

De outro lado, como se sabe, os argumentos deduzidos pelas partes, em sede de alegações finais, estão intimamente relacionados com as provas produzidas durante o curso da instrução. Assim, é possível concluir que a falta de individualização dos fatos atribuídos ao acusado tem consequência direta sobre a possibilidade de participação no curso do processo, bem como sobre as teses que poderão ser expostas nas alegações finais e que deverão ser apreciadas pelo julgador. É possível considerar, pois, que o direito ao

---

<sup>257</sup> Diário de Justiça da União em 20 de outubro de 2006, p. 88.

<sup>258</sup> Diário da Justiça da União em 18 de setembro de 1998, p. 2.

contraditório e à ampla defesa estão relacionados, outrossim, com o direito à liberdade de expressão.

#### **5.3.4.2 Igualdade entre as partes: paridade de armas**

O devido processo tem estreita relação com o **Princípio da Igualdade**. A igualdade, aliás, encontra suas raízes no regime republicano instituído pelo Constituinte de 1988, como expôs GERALDO ATALIBA:

Princípio constitucional fundamental, imediatamente decorrente do republicano, é o da isonomia ou igualdade diante da lei, diante dos atos infralegais, diante de todas as manifestações do poder, quer traduzidas em normas, quer expressas em atos concretos. Firmou-se a isonomia, no direito constitucional moderno, como direito público subjetivo a tratamento igual de todos os cidadãos pelo Estado.<sup>259</sup>

O Princípio da Igualdade, aplicado ao processo, supõe que todas as partes sejam tratadas com isonomia. Trata-se de dispositivo direcionado tanto ao legislador como ao aplicador da lei. Como percucientemente observou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, apesar da Constituição vedar, em princípio, qualquer forma de discriminação, o legislador não faz outra coisa senão estabelecer distinções entre as pessoas e os fatos, sendo necessário identificar as discriminações juridicamente intoleráveis; ou seja, quando não estiver presente a correlação lógica entre o fator de discriminação e a finalidade almejada – onde pontua o postuldo da proporcionalidade – bem como quando não houver relação de pertinência entre essa correlação e os valores constitucionalmente protegidos<sup>260</sup>.

No que diz respeito ao devido processo, a igualdade destaca a idéia de que todas as partes destinatárias das decisões proferidas pelo Estado devem ser tratadas como iguais.

Isso significa dizer, de um lado, que o direito deve ser aplicado de forma semelhante àqueles que se encontram em situações semelhantes. Veja-se, por exemplo, a regra insculpida no artigo 150, II, da Constituição,

<sup>259</sup> *Geraldo, República e Constituição*, p. 159.

<sup>260</sup> *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, p. 16-24.



que proíbe o tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente.

Por outro lado, no que diz respeito aos processos judiciais, requerente e requerido devem ser tratados de forma igual<sup>261</sup>, facultando-lhes as mesmas oportunidades de se manifestar no processo e de produzir provas. “O princípio da igualdade – observa ANTONIO SCARANCE FERNANDES – coloca as duas partes em posição de similitude perante o Estado e, no processo, perante o juiz. Não se confunde com o contraditório, nem o abrange. Apenas se relacionam, pois ao se garantir a ambos os contentores o contraditório também se assegura tratamento igualitário”<sup>262</sup>.

O tratamento igualitário no processo depende, necessariamente, da **paridade de armas** entre o autor e o réu. Trata-se de princípio que possui “...potencialidades diversas no processo civil e no processo penal”, adverte TONINI<sup>263</sup>. No processo civil, prossegue o autor, a paridade de armas tem condições de atuar de maneira plena entre o autor e o réu. Já no processo penal, devem ser levadas em consideração as diferenças institucionais e substanciais entre o Ministério Público e os acusados, o que, entretanto, não permite o entendimento de que o princípio não tem incidência no âmbito do processo penal<sup>264</sup>.

#### 5.3.4.3 Imparcialidade do Juiz

A efetividade do contraditório, da ampla defesa e da igualdade entre as partes, necessária à realização do devido processo, depende de garantias que assegurem aos cidadãos a **imparcialidade do juiz**.

Muito embora a Constituição de 1988 não faça qualquer manifestação expressa quanto à imparcialidade, é possível dizer que se trata de verdadeiro **princípio constitucional implícito**, a estabelecer uma garantia fundamental que se relaciona diretamente com o devido processo legal.

---

<sup>261</sup> NELSON NERY JUNIOR, **Princípios...**, *op. cit.*, p. 72.

<sup>262</sup> **Processo Penal Constitucional**, p. 58.

<sup>263</sup> **A Prova...**, *op. cit.*, p. 22-23.

<sup>264</sup> ANTONIO SCARANCE FERNANDES, **Processo...**, *op. cit.*, p. 22-23.

Em primeiro lugar, a imparcialidade é uma nota característica da própria função jurisdicional, uma vez que “...o *adjetivo* ‘imparcial’...” – anota JULIO MAIER – “...*integra hoje, desde um ponto de vista material, o conceito de ‘juiz’, quando se refere à descrição da atividade concreta que é encomendada a quem julga (...) ...refere, diretamente, por sua origem etimológica (in-partial), àquele que não é parte em um assunto que deve decidir*”<sup>265</sup>. Assim, portanto, **a idéia de imparcialidade é inerente ao próprio exercício da jurisdição.**

Por outro lado, o art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, o célebre Pacto de San José da Costa Rica, enuncia que toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um **juiz** ou Tribunal **competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei**, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza. Trata-se de documento ratificado pela República Federativa do Brasil em 25 de setembro de 1992. Assim, consoante dispõe o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, os direitos e garantias expressos nesse documento constituem direitos e garantias fundamentais.

A imparcialidade pressupõe a independência do juiz para com outros órgãos estatais<sup>266</sup>. Daí a outorga de garantias e o estabelecimento de vedações constitucionais inerentes à função, a exemplo daquelas que se encontram enumeradas no artigo 95 do texto fundamental. Essas disposições dirigem-se apenas mediatamente à pessoa do juiz, portanto. Elas estão relacionadas diretamente com o exercício da jurisdição e têm por finalidade a garantia da independência do juiz.

No âmbito do processo administrativo, entendemos que a imparcialidade, propriamente dita, é praticamente impossível, já que compete à

---

<sup>265</sup> **Derecho Procesal Penal**, t. 1, p. 739. No original espanhol: “...*el adjetivo ‘imparcial’ integra hoy, desde un punto de vista material, el concepto de ‘juez’, cuando se lo refiere a la descripción de la actividad que le es encomendada a quien juzga (...) ...refiere, directamente, por su origen etimológico (in-partial), a aquel que no es parte en un asunto que debe decidir*”.

<sup>266</sup> ALFREDO BARGI, **Procedimeto Probatorio...**, *op. cit.*, p. 37.

própria Administração conduzir os procedimentos e proferir as decisões que, de modo geral, afetarão seus próprios interesses.

No entanto, o Princípio Constitucional da **Impessoalidade**, artigo 37 *caput*, que nada mais é do que um desdobramento do Princípio Isonômico, impõe que os particulares sejam tratados “...*sem discriminações, benéficas ou detrimntosas...*” – ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO – “*Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie*”. E nesses termos, a impessoalidade “...*implica, para a Administração Pública, o dever de agir segundo regras objetivas e controláveis racionalmente*”, completa ROMEU FELIPE BACELAR FILHO<sup>267</sup>.

Sob outro ângulo, o **Princípio do Juiz Natural** desempenha um importante papel no sentido de assegurar a imparcialidade do juiz. As disposições constantes do artigo 5º, XXXVII e LIII estabelecem garantias contra a existência de tribunais ou juízos de exceção bem como de que os indivíduos deverão ser processados e sentenciados pela autoridade cuja competência tenha sido fixada, por lei, antes da ocorrência do fato<sup>268</sup>.

Considerando a vasta projeção do Princípio do Juiz Natural, FIGUEIREDO DIAS desdobra-o em três planos fundamentais:

- a) Ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da *fonte*: **só a lei pode instituir** o juiz e **fixar-lhe** a competência.
- b) Em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de referência *temporal*, através deste afirmando um princípio de *irretroactividade*: a **fixação do juiz e da sua competência** tem de ser feita por uma **lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso** que será objecto do processo.
- c) Em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de *competência*, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente. Daqui a **proibição de jurisdições de exceção**, i. é, jurisdições ad hoc **criadas para decidir um caso concreto ou um determinado grupo de casos**, com quebra das regras *gerais* de competência; o que não obstará à válida existência de tribunais especiais que a Constituição e as leis prevejam, mas proibirá terminantemente o desaforamento

---

<sup>267</sup> **Curso...**, *op. cit.*, p. 102; **Processo...**, *op. cit.*, p. 189. Sobre o significado do Princípio do Juiz Natural no âmbito do processo administrativo, e mais precisamente no **processo administrativo disciplinar**, vejam-se as considerações inovadoras de ROMEU FELIPE BACELAR FILHO – **Processo...**, *op. cit.*, p. 323-378.

<sup>268</sup> NELSON NERY JUNIOR, **Princípios...**, *op. cit.*, p. 97-98.

de qualquer causa criminal, bem como a suspensão discricionária por qualquer autoridade (*sic.*); (destaques nossos)<sup>269</sup>.

O Princípio do Juiz Natural tem por objetivo assegurar a independência e a imparcialidade do juiz, bem como afirmar aos jurisdicionados a confiança na Justiça, ensina BARBOSA MOREIRA, que relaciona essa garantia, ainda, ao Princípio da Igualdade perante à lei, “...do qual resulta que as situações juridicamente iguais devem merecer um tratamento jurídico homogêneo”<sup>270</sup>.

Essas garantias, no entanto, dizem respeito ao aspecto formal da imparcialidade, o que já não é pouca coisa. Não se pode esquecer que o juiz é um ser humano e como tal possui a sua particular visão de mundo e das coisas. Ele está condicionado por seus valores políticos, jurídicos, religiosos e morais. Está sujeito a toda sorte de manifestações inerentes ao ser humano, justamente por não ser o Juiz Hércules, imaginado por DWORKIN.

Assim, já não mais se pode falar de uma neutralidade do juiz. Mas é possível buscar o estado ideal de coisas que se pretende através do relacionamento entre o Princípio do Devido Processo e o Princípio da Imparcialidade. Ou seja, de que o juiz seja efetivamente um terceiro e que se mantenha equidistante das partes, como propugna BARGI<sup>271</sup>.

Especialmente no que diz respeito ao processo penal, a questão relativa à imparcialidade passa pela definição do papel reservado ao juiz na gestão da prova, pela garantia de que a sua produção deve estar assinalada primordialmente às partes, acusação e defesa, sob o crivo do contraditório e da paridade de armas<sup>272</sup>.

Essa questão possui, nos dias de hoje, destacada importância no direito brasileiro, uma vez que se observa o incremento da utilização de provas produzidas de forma sigilosa, fora do contexto do contraditório – **interceptações telefônicas, escutas ambientais, procedimentos de dela-**

---

<sup>269</sup> **Direito Processual Penal**, p. 322-323

<sup>270</sup> **Temas...**, *op. cit.*, p. 42.

<sup>271</sup> **Procedimento Probatorio...**, *op. cit.*, p. 39.

<sup>272</sup> Ampliar em BARGI – *Idem*.

**ção premiada** – onde o juiz tem participação ativa na colheita dos fatos que podem redundar no desencadeamento de um processo penal.

Veja-se, por exemplo, que no direito norte-americano é **vedado ao juiz participar dos procedimentos** relativos ao “*plea bargaining*”, ou seja, nos procedimentos relativos à fixação de disposições favoráveis à acusação e ao acusado, como a fixação de uma sentença em mais leve em troca da assunção total ou parcial da culpa ou, ainda, da colaboração do réu para o esclarecimento dos fatos.

Com efeito, há uma proibição expressa contida na Regra Federal (Federal Rule) 11 (e), sendo que um dos motivos dessa vedação, tal como assentado no caso “*United States v. Barret*”, é justamente o “...**perigo real de que a neutralidade de um juiz possa ser comprometida**” (destaque nosso)<sup>273</sup>.

As discussões sobre esse tema ainda não se encontram amadurecidas em sede jurisprudencial. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de analisar pelo menos um caso onde foram firmadas pautas importantes para as deliberações futuras.

No julgamento da **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1570**, que teve como relator o Ministro MAURÍCIO CORREA, discutiu-se a possibilidade do juiz efetuar pessoalmente busca e apreensão de documentos relacionados a pedido de quebra de sigilo, disciplinada no artigo 3º, da Lei nº 9034, de 3 de maio de 1995, que trata da **regulamentação dos procedimentos investigatórios relativos aos fatos praticados por organizações criminosas**.

A Corte, por maioria, vencido o Ministro CARLOS VELLOSO, declarou a **inconstitucionalidade** do dispositivo legal questionado, tendo em vista a **ofensa aos princípio da imparcialidade do juiz e do devido processo legal**. Durante a discussão, assentou-se, nos votos do Ministro MAURÍCIO CORREA e SEPÚLVEDA PERTENCE, que, a partir da vigência da Constituição de 1988, **o processo penal no direito brasileiro é de índole acusa-**

---

<sup>273</sup> STEPHEN A. SALTZBURG e DANIEL J. CAPRA – **American Criminal Procedure: cases and comentary**, p. 841-842. No original inglês: “...*real danger that a judge’s neutrality can be compromissed*”.

**tória**, sendo vedado ao juiz, portanto, exercer funções de caráter investigativo. O acórdão tem a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. **Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.** 3. Funções de investigador e inquisidor. **Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil** (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte (destaques nossos)<sup>274</sup>.

#### 5.3.4.4 Proibição da utilização de provas ilícitas

O artigo 5º, LVI, da Constituição Federal registra que são **inadmissíveis**, no processo, as provas obtidas por meios **ilícitos**. A vedação constitucional à utilização de provas obtida por meios ilícitos constitui uma das mais importantes projeções do devido processo legal.

FIGUEIREDO DIAS, já em 1974, ou seja, antes da entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa de 1976, tratou do tema relativo às proibições de prova, à luz dos dispositivos da Constituição e do Código de Processo Penal então vigentes. Mesmo reconhecendo as dificuldades inerentes às fontes legislativas, o jurista português buscou na proteção à integridade física e moral do acusado, é dizer, na Dignidade da Pessoa

---

<sup>274</sup> Diário da Justiça da União de 22 de outubro de 2004, p. 4.

Humana os fundamentos para estabelecer as primeiras teorizações sobre o tema no direito português<sup>275</sup>.

Entre nós, JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, em 1979, ou seja, muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, asseverou a repulsa do ordenamento jurídico às provas ilicitamente produzidas, considerando tratar-se de “...*aspecto patológico do tema concernente às provas*”, aportando, também, importantes esclarecimentos sobre a definição de prova ilícita:

A conformidade ao direito se erige em premissa básica, que informa o juízo de admissibilidade de qualquer prova. A **ilicitude** da prova deriva: a) de um ato contrário ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório (invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, quebra de segredo profissional, subtração de documentos, escuta clandestina, constrangimento físico ou moral na obtenção de depoimentos testemunhais etc.). É a ilicitude **material**; ou b) decorre da forma ilegítima pela qual ela se produz, muito embora seja lícita a sua origem. É a ilicitude **formal**. A ilicitude **material** diz respeito ao momento **formativo** da prova; a ilicitude **formal**, ao momento **introdutório** da mesma. Em suma, as razões de legalidade e de moralidade atuam como causas restritivas da livre atividade probatória do Poder Público. Para Florian, “a liberdade dos meios de prova encontra um limite, quer na lei jurídica como na lei moral e na consciência pública, em virtude do que não se podem aceitar meios de prova imorais ou violentos” (v. “Prove Penalli”, vol. I/186)<sup>276</sup>.

Não há dúvidas de que a inadmissibilidade da utilização de provas ilícitas encontra amparo direto no Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana. O ponto fundamental que pretendemos ressaltar, no entanto, é que a utilização de provas ilícitas representa uma radical oposição ao estado ideal de coisas que se pretende estabelecer com o devido processo legal no Estado Democrático de Direito. As provas ilícitas atentam contra a dignidade não apenas dos cidadãos, mas igualmente de instituições que são caras à sociedade, porque têm por escopo constitucional efetuar a prestação jurisdicional ou auxiliar diretamente na realização dessa função. Em outras palavras, funções essenciais à Justiça.

Nesses termos, **devem ser afastadas quaisquer pretensões de caráter eminentemente utilitarista**, que privilegiam mais a eficiência dos

---

<sup>275</sup> **Direito...**, *op. cit.*, p. 453-463.

<sup>276</sup> **A Tutela...**, *op. cit.*, p. 298-299.

resultados obtidos com o processo do que a legitimidade dos meios utilizados para o esclarecimento dos fatos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de dar efetividade ao comando insculpido no artigo 5º, LVI, da Constituição. Em recente precedente, no julgamento do **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 90376**, a Segunda Turma da corte, sob a liderança do Ministro CELSO DE MELLO, por unanimidade, não deixou dúvidas quanto à **íntima relação entre o devido processo legal e o proibição de provas ilícitas**, em primeiro lugar, bem assim no que se relaciona com os demais valores que se pretende proteger. Veja-se, a seguir, trecho da ementa do acórdão:

ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - **A ação persecutória do Estado**, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, **para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos**, sob pena de **ofensa à garantia constitucional do "due process of law"**, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas **projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo**. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do "*male captum, bene retentum*". Doutrina. Precedentes., (destaques nossos) <sup>277</sup>.

Na linha do que estamos a considerar, isso é, na idéia de legitimação do exercício do "poder" como exigência do Estado Democrático de Direito, não resta alternativa senão concordar com os ensinamentos de MANUEL DA COSTA ANDRADE. Com apoio em AMELUNG, o jurista lusitano manifesta que a utilização de provas ilícitas pelo Estado terá como conseqüência uma contradição normativa que compromete a própria legitimidade da aplicação

---

<sup>277</sup> Diário da Justiça da União de 18 de maio de 2007, p. 113.



da pena se, para impor o direito, tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal<sup>278</sup>.

#### 5.3.4.5 Razoável Duração do Processo

A chamada “Reforma do Judiciário”, realizada a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, inseriu no rol dos direitos fundamentais, o dispositivo que assegura, no âmbito judicial e administrativo, a o **Princípio da Razoável Duração do Processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação – artigo 5º, LXXVIII. É possível entender, entretanto, que esse princípio já se encontrava inserido nesse rol, levando-se em consideração a interpretação do §2º do artigo 5º, uma vez que o artigo 8º, 1, do Pacto de San José da Costa Rica, antes citado, já o enunciava.

A idéia não é nova. A VI Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, integrante do “*Bill of Rights*”, de 1791, já enunciava o direito dos acusados em processo criminal a um **processo público e rápido** por um **júri imparcial**.

De igual modo, o artigo 6º, 1, da **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**, de 1950, também prescreve o direito a um **processo justo**, em **prazo razoável**, por um **tribunal independente e imparcial**.

Levando-se em consideração a célebre manifestação de RUY BARBOSA – “*a justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*”<sup>279</sup> – pode-se dizer que se trata de um princípio jurídico que sempre esteve implícito na idéia de uma prestação jurisdicional adequada, como estado ideal de coisas a ser realizado. Porém, na medida em que a Constituição outorga-lhe ares de positividade, reconhecendo-o efetivamente como

---

<sup>278</sup> **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**, p. 15. Sobre o tema, ampliar em LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVOLIO – **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**, p. 43-96; ISABEL ALEXANDRE – **Provas Ilícitas em Processo Civil**, *passim*; ANTONIO SCARANCA FERNANDES – **Processo...**, *op. cit.*, p. 77-84; NELSON NERY JUNIOR, **Princípios...**, *op. cit.*, p. 193-204; PAULO DE SOUZA MENDES, As Proibições de Prova no Processo Penal, *in* Maria Fernanda Palma (coord.), **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**, p. 133-154.

<sup>279</sup> **Oração aos moços**, p.

uma garantia fundamental, ficam afastados todos os possíveis questionamentos sobre a normatividade desse princípio.

Em primeiro lugar, verifica-se que o Texto Constitucional se dirige diretamente ao legislador ordinário, a fim de que implemente, no nível legislativo, os instrumentos necessários a outorgar-lhe a necessária efetividade. Nesse sentido, a “Reforma do Código de Processo Civil”, operada nos últimos anos e ainda em prosseguimento, e a Lei Federal 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que disciplina o “Processo Judicial Eletrônico”, são bons exemplos de concretização legislativa desse dispositivo.

Mas o princípio também está dirigido Poder Judiciário, tanto no que diz respeito ao desempenho da função jurisdicional como no que tange à função administrativa que serve de suporte para o desempenho da primeira. Deve o Judiciário administrador preparar-se organicamente para a prestação jurisdicional com maior eficiência, coordenando-se também neste ponto de acordo com o **Princípio Constitucional da Eficiência** – artigo 37, *caput*, da Constituição Federal . Por fim, o juiz deve ter em mente sempre a dimensão da relevância da função por ele desempenhada e das expectativas que se criam em torno da prestação jurisdicional, a fim de que, à medida das suas possibilidades pessoais e orgânicas, possa entregá-la o mais rapidamente possível.

Porém, a prestação jurisdicional não pode ter em mente apenas a idéia de eficiência, traduzindo-se numa jurisdição cuja avaliação se dá apenas sob a perspectiva dos resultados. **É indispensável à prestação jurisdicional o respeito aos direitos e garantias fundamentais.** Isso significa dizer que tanto no nível legislativo como no nível da aplicação do direito, em sede judicial ou administrativa, **a idéia de imprimir maior celeridade nos processos não pode redundar em prejuízo dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.** Neste sentido, vejamos as considerações de CALMON DE PASSOS:

Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, desformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e

restringe-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar (*sic.*)<sup>280</sup>.

Os ensinamentos do jurista baiano, em última análise, permitem propor que se estabeleça a necessária correlação entre os princípios do Devido Processo e da Duração Razoável, de modo a garantir não apenas a **Eficiência** como também a garantia da **Segurança Jurídica** das decisões judiciais e administrativas, uma vez que “...o *equilíbrio entre as duas exigências contrapostas está implícito no termo ‘razoável’, que se refere à duração do processo*”, leciona PAOLO TONINI <sup>281</sup>.

### 5.3.5 Relações do devido processo com as regras constitucionais

#### 5.3.5.1 Introdução

A coordenação do Princípio do Devido Processo Legal com algumas regras constitucionais torna possível verificar, de plano, a **descrição constitucional de condutas** que, mediatemente, visam a realização do “*due process of law*”, ainda que, em relação a algumas delas, a matéria dependa de regulamentação no nível legislativo, caso específico dos procedimentos de licitação e das medidas de flexibilização do direito à intimidade e à privacidade.

#### 5.3.5.2 Exigência de autorização judicial para a flexibilização do direito à intimidade e à vida privada

O artigo 5º, em seus incisos X, XI e XII, estabelece princípios e regras relativos à proteção constitucional da intimidade e da vida privada. O inciso XII, em especial, define o procedimento relativo à flexibilização dessas garantias para os fins de investigação penal e instrução processual penal: “é

---

<sup>280</sup> **Direito, poder, justiça e processo**, p. 69-70.

<sup>281</sup> **A Prova...**, *op. cit.*, p. 23. Sobre o tema, consulte-se, ainda, CLÁUDIO ZARIF CINTRA – Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo, *in* Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. p. 139 -145.

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

Como se pode perceber, o dispositivo acima citado define, como regra geral, a inviolabilidade desses meios de comunicação, tendo em vista a proteção dos bens jurídicos “**intimidade**” e “**vida privada**”, assegurados no inciso X. No que tange à correspondência e às comunicações telegráficas, essa cláusula marca uma vedação em termos absolutos. Porém, no que diz respeito à comunicação de dados e comunicações telefônicas, a Constituição exige que flexibilização do direito ocorra através de **ordem judicial**, para os fins de **investigação penal e instrução processual penal**.

É dizer, neste último caso, somente se admitem procedimentos relativos às denominadas **interceptações telefônicas** ou à **quebra de sigilo fiscal e bancário** por **autorização judicial**. A Constituição, nesses termos, definiu **forma** e **autoridade competente** para a flexibilização do direito determinando ainda, que os procedimentos deverão ser regulamentados pelo legislador ordinário.

Mas não é só. O constituinte marcou, também, o âmbito de possibilidades finalísticas dessas medidas: **investigação penal e instrução processual penal**. Assim, não se poderia cogitar do seu deferimento fora das hipóteses excepcionais previamente definidas no Texto Constitucional.

Da definição dos comportamentos exigidos para a flexibilização desses direitos, é possível extrair também a **conseqüência jurídica** ligada ao seu **descumprimento: a ilicitude dos dados obtidos**. Isso significa dizer que a violação dessa regra induz à **ilicitude da prova** obtida e impossibilidade de sua utilização no processo penal, sob pena de contrariedade ao Princípio do Devido Processo Legal.

Esse é o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do **Recurso em Habeas Corpus nº 74807/MT**, que teve como relator o Ministro MAURÍCIO CORREIA. A Segunda Turma da corte asseverou, em primeiro lugar, a exigência de autorização judicial para a

quebra de sigilo bancário bem como a ilicitude da prova produzida sem a observância dessa regra. Em segundo lugar, determinou o desentranhamento da prova dos autos do processo, a fim de evitar que elementos de convencimento colhidos indevidamente venham a influenciar o processo de decisão.

RECURSO DE HABEAS CORPUS. CRIMES SOCIETÁRIOS. SONEGAÇÃO FISCAL. PROVA ILÍCITA: VIOLAÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO. COEXISTÊNCIA DE PROVA LÍCITA E AUTÔNOMA. INÉPCIA DA DENÚNCIA: AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO. 1. **A prova ilícita, caracterizada pela violação de sigilo bancário sem autorização judicial**, não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que, por ela não contaminadas e delas não decorrentes, integram o conjunto probatório. 2. Cuidando-se de deligência acerca de emissão de "notas frias", não se pode vedar à Receita Federal o exercício da fiscalização através do exame dos livros contábeis e fiscais da empresa que as emitiu, cabendo ao juiz natural do processo formar a sua convicção sobre se a hipótese comporta ou não conluio entre os titulares das empresas contratante e contratada, em detrimento do erário. 3. Não estando a denúncia respaldada exclusivamente em **provas obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos**, não há porque declarar-se a sua inépcia porquanto remanesce prova lícita e autônoma, não contaminada pelo vício de inconstitucionalidade (destaques nossos)<sup>282</sup>.

### **5.3.5.3 Exigência de licitação para a celebração de contratos com a Administração**

O artigo 37, XXI, da Constituição Federal, estabelece que a contratação de obras, serviços, compras e alienações deverão ser precedidos, em regra, de *"...processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"*.

A disposição constitucional supramencionada define, ainda que em termos gerais, os comportamentos que deverão ser adotados quando o Estado pretender realizar qualquer uma das modalidades de contratação ali previstas. O procedimento licitatório, nas suas diversas modalidades

---

<sup>282</sup> Diário da Justiça da União de 20 de junho de 1997, p. 28507.

definidas no plano legislativo, é o comportamento exigido como regra geral nesses casos, sob pena de invalidade dos contratos celebrados sem a sua observância.

#### **5.3.5.4 Exigência de motivação das decisões judiciais**

O artigo 93, IX, da Constituição Federal, prescreve que *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”*, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público ou a informação.

A regra acima referida não deixa dúvidas quanto ao comportamento exigido bem como no que diz respeito à sanção pelo seu descumprimento. O Texto Constitucional tratou de definir, desde logo, às exceções à regra e a finalidade que deve presidir a interpretação dessas exceções.

Assim, não há dúvidas de que da interferência recíproca entre a regra constante do artigo 93, IX, e do princípio insculpido no artigo 5º, LIV, decorre a interpretação de que a exigência de motivação dos atos judiciais se constitui em comportamento exigido pela Constituição para a realização do devido processo legal.

Em linha de conclusão, as relações existentes entre o Princípio do Devido Processo e os demais dispositivos constitucionais que, direta ou indiretamente, reportam-se a direitos e garantias fundamentais, permitem ao intérprete determinar o estado ideal de coisas que se pretende estabelecer, bem como as condutas exigidas para a realização desse mesmo estado ideal de coisas.

Em última análise, portanto, a idéia de legitimação do exercício do poder no espaço do Estado Democrático de Direito passa pela observância do Princípio do Devido Processo Legal; ou seja, pelos comportamentos exigidos em decorrência das relações estabelecidas entre esse Princípio e os Direitos Fundamentais.



## Conclusões

O Devido Processo Legal tem origem no direito anglo-saxão, tendo sido inserido no Artigo 39 da Magna Carta, em 1215, sob a fórmula “*law of the land*”. Não é possível afirmar, com exatidão, se a garantia possuía “nítido” caráter processual ou “evidente” caráter substantivo. No entanto, é certo que desde o início a cláusula foi compreendida como importante instrumento de limitação ao poder real.

A expressão devido processo legal – “*due process of law*” – surgiu, pela primeira vez, na Inglaterra, em 1354, durante o Reinado de Henrique III, em uma das muitas confirmações que a Magna Carta recebeu ao longo dos anos.

Ainda na Inglaterra, teve decisiva importância para o desenvolvimento do instituto a doutrina de Sir EDWARD COKE que procurou atribuir à Magna Carta o caráter de norma fundamental, “*fundamental law*”, de modo a possibilitar o controle dos atos editados pelo Parlamento. O doutrina de COKE acabou por não criar raízes profundas no direito inglês, tendo prevalecido a doutrina da Soberania do Parlamento. No entanto, seu pensamento influenciou o direito norte-americano, especialmente no que tange ao desenvolvimento da idéia de controle de constitucionalidade dos atos do legislativo,

Os primeiros colonizadores ingleses que chegaram ao continente americano trouxeram consigo os preceitos da “*common law*” como direito a ser aplicado nas colônias. Era comum, portanto, a referência ao princípio da “*law of the land*” tal como afirmado originalmente na Magna Carta.



O devido processo legal encontrou no Novo Mundo um solo mais fértil do que aquele existente no país de origem, o que lhe propiciou o desenvolvimento em diferentes vertentes e com maior número de matizes do que aqueles que se revelaram no direito inglês, não obstante tenha percorrido período de tempo consideravelmente menor.

A expressão “*due process of law*” é cunhada pela primeira vez no direito norte-americano com a proclamação do “*Bill of Rights*”, em 1791, mediante a edição da V Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, vindo a ser novamente confirmada por ocasião da Emenda XIV, em 1866.

Essas Emendas desempenharam um papel estruturante no que diz respeito ao controle dos atos editados pelos Departamentos de Governo norte-americanos.

Inicialmente, firmou-se o entendimento, de que as dez emendas constantes do “*Bill of Rights*” limitavam apenas os Departamentos de da esfera federal.

A XIV Emenda foi editada em período imediatamente subsequente à Guerra de Secessão, 1860-1865, visando a reconstrução do pacto federativo. Nesse sentido, um dos seus objetivos era o de deixar clara a possibilidade de controle pelas cortes federais dos atos editados pelos Departamentos de Governo estaduais, a exemplo do que ocorria em relação aos Departamentos Federais através das emendas constantes do “*Bill of Rights*”.

Essa possibilidade de controle dos atos editados pelos Departamentos estaduais abriu espaço, alguns anos mais tarde, para o controle mais intenso do conteúdo dos atos legislativos, especialmente quando pretendiam a regulamentação de certos aspectos da economia, à luz da doutrina do devido processo substantivo, de inspiração liberal.

Após o encerramento do período em que prevaleceu a doutrina do “*laissez faire*” nas decisões da Suprema Corte, a idéia de um devido processo substantivo passou a cumprir um importante papel na afirmação de outros direitos, ainda que eles não se encontrassem enumerados nas emendas à Constituição dos Estados Unidos.

Não verificamos, no direito norte-americano, uma preocupação em estabelecer uma distinção precisa entre o devido processo substantivo e adjetivo. No entanto, é possível relacionar o “*substantive due process*” à existência concreta de boas razões para que alguém venha a sofrer alguma privação em seus direitos. De outro lado, a idéia de “*procedural due process*” diz respeito aos procedimentos que devem ser observados quando o governo pretender privar uma pessoa da vida, liberdade ou propriedade.

No direito brasileiro, a distinção entre devido processo substantivo e devido processo adjetivo não está radicada em critérios uniformes. Identifica-se o devido processo adjetivo com as garantias processuais constitucionais e legais, especialmente o contraditório e a ampla defesa. O devido processo substantivo, por sua vez, está associado aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Ou seja, enquanto o devido processo adjetivo reporta-se a direitos propriamente ditos, o devido processo substantivo está associado a metanormas, que estabelecem critérios de interpretação de outras normas.

A classificação mereceu críticas e chamou-se a atenção para a necessidade da sua revisão. O pretexto dessas críticas, porém, era o de enfocar o devido processo sob a luz do Estado Democrático de Direito.

Estado Democrático de Direito é o modelo de organização político-jurídica que se apresenta a partir da segunda metade do Século XX, em substituição à idéia de Estado de Direito, radicando seus fundamentos no Princípio da Supremacia da Constituição, na garantia dos direitos fundamentais e na implementação do regime democrático.

O Estado Democrático de Direito presente na Constituição Federal de 1988 funda seus alicerces nos princípios fundamentais da Dignidade da Pessoa Humana e na Cidadania. O primeiro, referido mais diretamente aos direitos fundamentais. O segundo, intimamente relacionado com a Democracia e a participação popular no exercício do poder. Duas vertentes distintas de constitucionalismo encontram-se e buscam a necessária conciliação, ainda que se apresentem em indissolúvel estado de tensão. Duas vertentes

do constitucionalismo que têm por objetivo a legitimação do exercício do “poder”.

Desse modo, a interpretação necessária a ser outorgada ao devido processo é no sentido de possibilitar a sua aplicação como instrumento de legitimação do exercício do “poder”, na medida em que exige o respeito aos direitos fundamentais e assegura o exercício da cidadania, através da participação popular nos processos de decisão.

O devido processo legal é um princípio constitucional normativo. Relaciona-se com outros princípios constitucionais, de modo a estabelecer um estado ideal de coisas que deve ser realizado através de condutas humanas, as quais podem ser antecipadas, especialmente através da relação que se faz do devido do processo com as regras constitucionais e legais editadas com vistas à sua concretização.

No Direito Constitucional brasileiro, o Devido Processo Legal apresenta-se como verdadeiro sobreprincípio, que atua sobre os demais princípios e regras, exercendo uma função rearticuladora do ordenamento constitucional.

O estado ideal de coisas que se busca realizar no Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição Federal de 1988 é a legitimação do exercício do “poder”, sendo que as condutas exigidas para a persecução desse objetivo podem ser antecipadas, ainda que minimamente, através das interferências existentes entre os Devido Processo Legal e as demais normas do ordenamento constitucional, especialmente aquelas relacionadas direta ou indiretamente com os direitos e garantias fundamentais.

## REFERÊNCIAS

- AMODIO, Ennio. **Processo Penale Diritto Europeo e Common Law: dal rito inquisitório al giusto processo**. Milano: Giuffrè, 2003.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ARAÚJO, Edmir Netto. **O Ilícito Administrativo e Seu Processo**. São Paulo: RT, 1994.
- ARAÚJO, Luis Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ALEXANDRE, Isabel. **Provas Ilícitas em Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 1998.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao Direito Comparado**. Coimbra: Almedina, 1994.
- ANTUNES, Arnaldo. Saia de Mim. **Tudo ao Mesmo Tempo Agora**, São Paulo: WEA, 1991.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**, 2.ed. at. por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.
- AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ÀVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 6.ed., rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**, 2.ed.. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Les Principes Fundamentaux de la Procédure Civile dans la Nouvelle Constitution Brésilienne. *In Temas de Direito Processual* (Quinta Série). São Paulo: Saraiva, 1994.
- BARCELLOS, Ana Paula de e BARROSO, Luis Roberto. O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In Luis Roberto Barroso (org.). A Nova Interpretação*

- Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 327-378.
- \_\_\_\_\_. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. O Direito Constitucional em 2006. **Revista de Direito do Estado.** Rio de Janeiro: Renovar, nº 5, p. 3-24.
- \_\_\_\_\_. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Judicial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARGI, Alfredo. **Procedimento Probatorio e Giusto Processo.** Napoli: Jovene, 1990.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In* Luis Roberto Barroso (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 327-378.
- BARROSO, Luis Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.). **Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159-196.
- \_\_\_\_\_. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 6.ed.. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BENOIT, Francis-Paul. **Le Droit Administratif Français.** Paris: Dalloz, 1968.
- BIDART CAMPOS, Gérman J. e CARNOTA, Walter F.. **Derecho Constitucional Comparado**, t. 1. Buenos Aires: EDIAR, 1998
- BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2.ed., rev. e at. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Direito Constitucional.** Trad. Maria Helena Diniz São Paulo: RT, 1984.
- \_\_\_\_\_. **Introducción al Derecho Constitucional Comparado.** Trad. Héctor Fix Zamúdio. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Estado Governo Sociedade**, 4.ed.. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 4.ed. Trad. Maria Celeste Leite Cordeiro dos Santos. Brasília: Edune, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 19.ed.. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**, 3.ed.. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BORGES, José Souto Maior. Significação do Princípio da Isonomia na Constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, nº 15, p. 29-34, 1996.
- BORNHOLD, Rodrigo Meyer. **Métodos para Resolução do Conflito entre Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2005.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar e COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BUCHELE, Paulo Armínio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BUENO, Vera Scarpinella.
- CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996.
- CALMON DE PASSOS, J.J. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. **A Influência dos Direitos Fundamentais Sobre o Direito Privado na Alemanha**. In Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 223-244.
- \_\_\_\_\_. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

- \_\_\_\_\_. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. *In* Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 339-357.
- \_\_\_\_\_. Estado Adjectivado e Teoria da Constituição. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba: ABDCONST, nº 3, 2003, p. 455-474.
- CAPPELETTI, Mauro. **O Controle Constitucional de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, 2.ed.. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- CAPRA, Daniel J e SALTZBURG, Stephen A.. **American Criminal Procedure: cases and commentary**, 5.ed.. St. Paul: West, 1996.
- CÁRCOVA, Carlos María. **A Opacidade do Direito**. São Paulo: LTr, 1998.
- CARRAZA, Roque Antônio. **Regulamento no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 1981.
- CARRÉ DE MALBERG, R. **Teoria General del Estado**. 2.ed.. México: Fondo de Cultura Económica y UNAM, 1998.
- CARRIÓ, Genaro R.. **Los Derechos Humanos y su Protección**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- CARVALHO, Edward Rocha de e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Absurdo das Denúncias Genéricas (ou, o Mágico de Oz e o Estado-Leviatã, uma Simbiose Sinistra). Octavio Campos Fischer (Coord.). **Tributos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 4.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: principles and polices**, 2.ed., New York: Aspen, 2002.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**, 2.ed.. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2000.
- \_\_\_\_\_. O Controle e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. *In* José Adércio Leite Sampaio (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- \_\_\_\_\_. Declaração de Inconstitucionalidade de Dispositivo Normativo em Sede de Juízo Abstrato e Efeitos sobre Atos Singulares Praticados sob a sua Égide. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, nº 17, p. 78-104, p. 1997.
- \_\_\_\_\_. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2.ed.. São Paulo: RT, 2000
- \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

- COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- COLLÍA, José María Suárez. **El Principio de Irrectroactividad de las Normas Jurídicas**. 2.ed.. Madrid: Actas, 1994.
- COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Estúdios Constitucionales, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Fundamentais**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CORWIN, Edward S. **The Constitution and what it means today**. Princeton: Princeton University, 1978.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca dos direitos fundamentais dos trabalhadores. *In* Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 165-184.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. *In* Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coord.). **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-55.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Edward Rocha de. O Absurdo das Denúncias Genéricas (ou, o Mágico de Oz e o Estado-Leviatã, uma Simbiose Sinistra). *In* Octavio Campos Fischer (Coord.). **Tributos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004.
- DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: interpretação, teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DIAS, Eduardo Rocha. **Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados**. São Paulo: Dialética, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v.1. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. e ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**, 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DORF, Michael e TRIBE, Laurence. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Los Derechos en Serio**. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1999.
- \_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Trad. Jeferenson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.



- ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional.** Trad. Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, 6.ed.. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.
- FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In* Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 87-104.
- FAVOREAU, Louis e RENOUX, S. Thierry. **Le Contentieux Constitutionnel des Actes Administratifs.** Paris: Sirey, 1992.
- FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**, 6.ed. rev. ampl. e at. São Paulo: RT, 2000
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Curso de Derecho Administrativo.** 6.ed.. Madrid: Cívitas, 1994.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Panorama del Derecho Administrativo al Comienzo de su Tercera Centúria.** Buenos Aires: La Rey, 2002
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías La ley del más débil.** Trad. Perfecto Andrés Bañez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2002.
- \_\_\_\_\_. (Org.) **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales.** Trad. Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.
- \_\_\_\_\_. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. **Neoconstitucionalismo(s).** Miguel Carbonell (Ed.). Trad. Pilar Aleague. Madrid: Trotta, p. 13-29.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.** 5.ed.. São Paulo: RT, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade.** São Paulo: RT, 2001.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** 2.ed.. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**, São Paulo: Malheiros, 2001.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**, 1v. Coimbra: Coimbra, 1974.
- \_\_\_\_\_. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas.** São Paulo: RT, 1999.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 4.ed.. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. Estado de Direito e Devido Processo Legal. **Revista Trimestral de Direito Público.** São Paulo: Malheiros, nº 15, p. 35-44, 1996.
- \_\_\_\_\_. Instrumentos da Administração Pública Consensual. A Audiência Pública e sua Finalidade. *In* Diogo de Figueiredo Moreira Neto (coord.).

- Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo**, p. 383-402.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. Foucault, o direito e a 'sociedade de normalização'. Ricardo Marcelo Fonseca (org.). **Crítica da Modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Boiateux, p. 115-116.
- FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. Trad. Maria Ermantina Simão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GARCÍA, Alejandro Nieto. **Derecho Administrativo Sancionador**. 2.ed.. Madrid: Tecnos, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás–Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 6.ed.. Madrid: Cívitas, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Lucha Contra las Inmunidades del Poder**, Madrid: Cívitas, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Legislación Delegada, Potestad Reglamentária y Control Judicial**, 2.ed. Madrid: Tecnos, 1981.
- GARCÍA MACHO, Ricardo. **Reserva de Ley y Potestad Reglamentária**. Barcelona: Ariel, 1998.
- GARCÍA–PELAYO, Manuel. **Las Transformaciones del Estado Contemporaneo**. Madrid: Alianza Universidad, 1995.
- GARGARELLA, Roberto. **La Justicia Frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Ariel, 1996.
- GASPARINI, Diógenes. **Poder Regulamentar**. 2.ed.. São Paulo: RT, 1982.
- GEBRAN NETO, João Pedro. **A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Fundamentais**. São Paulo: RT, 2002.
- GHÉHENNO, Jean Marie. **O Fim da Democracia**. Trad. Howard Maurice Johnson e Amaury Temporal. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1994,
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: RT, 2001.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini e FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**, 6.ed. rev. ampl. e at. São Paulo: RT, 2000.
- GONZÁLES PÉREZ, Jesus. **Administración Pública y Moral**. Madrid: Cívitas, 1995.
- GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Administrativo**. 3.ed.. Buenos Aires: Macchi, 1995.
- GOZAÍNÍ. Osvaldo Alfredo. **El Debido Proceso**. Santa Fé: Rubinzol-Culzoni, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

- \_\_\_\_\_. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**, 6.ed. rev. ampl. e at. São Paulo: RT, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini e ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GROTTI, Dinorah Adelaide Musetti. Devido Processo Legal e o Procedimento Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público** nº 18. São Paulo: Malheiros, p. 34-43, 1997.
- \_\_\_\_\_. A Participação Popular e a Consensualidade na Administração Pública. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, nº 35, p. 18-29.
- HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Aclaraciones a la ética del discurso.** Trad. José Mardomingo. Madrid: Trota, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. **O Discurso Filosófico da Modernidade.** Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito.** Trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- HASSEMER, Winfried. Processo Penal e Direitos Fundamentais. In Maria Fernanda Palma (coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais.** Coimbra: Almedina, p. 15-25.
- \_\_\_\_\_. **Direito Penal Libertário.** Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 2.ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- JELLINECK, Giorgio. **La Dottrina Generale del Diritto dello Stato.** 3.ed. Trad. Modestino Petrozziello. Milano: Giuffrè, 1949.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 7.ed.. São Paulo:Dialética, 2000.
- \_\_\_\_\_. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Publico.** São Paulo: Malheiros, p. 115-136, nº 26, 1999.

- \_\_\_\_\_. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. **O Problema da Justiça**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. 3.ed.. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armenio Amado, 1974.
- KEYNES, Edward. **Liberty, Property and Privacy: Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process**. Pennsylvania: Pennsylvania State University, 1996.
- KOZICKI, Katya. A interpretação do direito e a possibilidade da justiça em Jaques Derrida. *In* Ricardo Marcelo Fonseca (org.), **Crítica da Modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Boiteux, p. 129-144.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, 2.ed.. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 6.ed., rev., at. e ampl., São Paulo: RT, 2003.
- LEITE, Luciano Ferreira. **O Regulamento no Direito Brasileiro**, São Paulo: RT, 1986.
- LINARES QUINTANA, Segundo V.. **Derecho Constitucional e Instituciones Políticas**. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de Interpretación Constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- LOEVENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar**. Porto Alegre: Fabris, 2001.
- MACHADO, João Baptista. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. Coimbra: Almedina, 2000.
- MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**, t. 1. 2.ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, v. 1. São Paulo: RT, 2006.
- MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e o Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais: Introdução Geral**. Lisboa: Lisboa, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Manual do Direito Constitucional**. 3.ed.. Lisboa: Coimbra, 1985.
- \_\_\_\_\_. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Textos Constitucionais Históricos**. 2.ed.. Lisboa: Imprensa Nacional, 1990.
- MONCADA, Luis Cabral de. **Problemas de Filosofia Política**. Coimbra: Arménio Amado, 1963.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad. Pedro Vieira da Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. 2.ed. at. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2.ed. at e ampl. Rio de Janeiro: Reonvar, 2001.
- MOREIRA, Vital e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991
- MOTT, Rodney L. **Due Process of Law**. New York: Da Capo Press, 1973.
- MÜLLER, Friederich. **Direito Linguagem Violência – Elementos de uma teoria constitucional**, Trad. Peter Naumann Porto Alegre: Fabris, 1995.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. rev. at. e ampl. São Paulo: RT, 2004.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma Teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de *et al.* **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e Sanções Administrativas**, São Paulo: RT, 1985.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**, 2.ed. rev. at. e ampl. São Paulo: RT, 2005..
- OTTO, Ignacio de. **Derecho Constitucional: Sistema de fuentes**. Barcelona: Ariel, 1998.
- PABLO, Marcos M. Fernando. **La Motivación del Acto Administrativo**. Madrid: Tecnos, 1993.

- PALUMBELLA, Gianluigi. **Constitución y Soberanía: El sentido de la democracia constitucional**. Trad. José Calvo González. Granada: Comares, 2000.
- PEREIRA; Ruitemberg Nunes. **O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- PERELMANN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996,.
- PEREZ LUÑO, Antônio E.. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, 5.ed.. Madrid: Tecnos, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Los Derechos Fundamentales**, 7.ed.. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
- PIOVESAN, Flávia. Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, *in* Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **Direitos Fundamentais Sociais**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 233-261.
- PRIETO SANCHÍS, Luís. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trota, 2003.
- PIZZORUSSO, Alessandro. **Curso de Derecho Comparado**. Trad. Juana Bignozzi. Barcelona: Ariel, 1997.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de não Produzir Provas Contra Si Mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade das Normas e sua Repercussão no Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2000.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norteamericano**. São Paulo: RT, 2006.
- RIVERO, Jean. **Les Libertés Publiques**. Paris: Themis, 1977.
- ROBLES, Gregório. **Lós Derechos Fundamentales y la Ética en la Sociedad Actual**. Madrid: Cívitas, 1992 (Cuadernos Cívitas).
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- \_\_\_\_\_. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, nº 17, p. 5-33, 1997.
- \_\_\_\_\_. **República e Federação no Brasil: Traços constitucionais da organização política no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski e FACHIN, Luiz Edson. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In* Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 87-104.

- SALTZBURG, Stephen A. e CAPRA, Daniel J.. **American Criminal Procedure: cases and commentary**. 5.ed. St. Paul: West, 1996.
- SAMPAIO, José Adércio Leite *et. al.* **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto. **Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law**, 2.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- SANTIAGO NINO, Carlos. **Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación**. 2.ed.. Buenos Aires: Astria, 1999 (Filosofia y Derecho, 15)
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 5.ed., rev, at. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SCHIER. Paulo Ricardo. **Filragem Constitucional. Construindo uma Nova Dogmática Jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1999.
- SERRANO, José Luis. **Validez y Vigência: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica**. Madrid: Trotta, 1999.
- SERRANO, Nicolas González-Cuellar. **Proporcionalidad Y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid: Colex, 1990.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. rev. e at. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Luis Virgílio da. **A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. O Proporcional e o Razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, n. 798, p. 23-50, 2002.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 2001.
- SOUZA, Artur César de. **Contraditório e Revelia: Perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo**. São Paulo: RT, 2003.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Advogado, 2001.
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

- STRONG, Frank R. **Sunstantive Due Process of Law: A Dicotomy of Sense and Nonsense**. Durham: Carolina Academic, 1986.
- STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Advogado, 1995.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. 4.ed., rev. ampl. e at.. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SWISHER, Carl Brent. **Decisões Históricas da Suprema Corte**. Trad. Arlette Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1964.
- TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, nº 15, p. 24-28, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Público** v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.
- TORON, Alberto Zacharias. O Indevido Processo Legal, a Ideologia da “Law and Order” e a Falta de Citação do Réu Preso para Interrogatório. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 685, p. 277-285, 1992.
- TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**, 3.ed. v.1. New York: Foundation Press, 2000.
- TRIBE, Laurence e DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- TUNC, André; TUNC, Suzanne. **Le Système Constitutionnel des États-Unis D’Amérique**, v. IV, Paris: Domat Montchrestien, 1954.
- TUNC, Suzanne e TUNC, André. **Le Système Constitutionnel des États-Unis D’Amérique**, v. IV, Paris: Domat Montchrestien, 1954.
- VIEIRA, José Roberto. Fundamentos Republicano-Democráticos da Legalidade Tributária: Óbvios Ululantes e não Ululantes. In Melissa Folmann (coord.) **Tributação e Direitos Fundamentais: Propostas de Efetividade**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 181-217.
- \_\_\_\_\_. Legalidade e Medida Provisória: Bocage e o Terrorismo Constitucional das Medidas Provisórias Tributárias: a Emenda Pior do que o Soneto. In Roberto Ferraz (coord.) **Princípios e Limites da Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 685-714.
- \_\_\_\_\_. Mal e Veneno. **Tributos e Direitos Fundamentais**. In Octavio Campos Fischer (Coord.). São Paulo: Dialética, 2004, 175-216.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2.ed.. Coimbra: Almedina, 2001.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.



- WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia Estado e Direito**. 2.ed.. São Paulo: RT, 1995.
- WRÓBLEWSKI, Jerzi. **Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica**. Madrid: Cívitas, 2001.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil – Ley, Derechos, Justicia**. 2.ed.. Madrid: Trota, 1995.
- ZARIF, Cláudio Cintra. Da nencessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. *In* Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.**, p. 139 -145.
- ZEIDAN, Rogério. ***Ius Puniendi*, Estado e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**, 3.ed..Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.