

A DUPLA FACETA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS NOVAS DEMANDAS SOCIAIS

DOUBLE FACET OF DUE PROCESS LEGAL AND DEMANDS NEW SOCIAL

Paulo José Freire Teotônio¹
Luan Guilherme Dias²
Fernando Augustus Teixeira³
Karina Vernilo Ortiz⁴

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar as implicações da aplicação do preceito do devido processo legal na seara do direito material e processual, apresentando, a partir de uma análise histórica, a influência do “*due process of Law*” na gênese do Estado moderno, assim como a sua vital importância para a conquista e manutenção de Direitos, denotando a grandiosidade do fundamento para todas as ramificações do direito. Não obstante, para tanto, será apreciado o conceito do referido instituto no aspecto procedimental (instrumental, viabilizador das liberdades civis), como também no aspecto substantivo (na análise do conteúdo essencial da legislação), acrescentando-se, ademais, que o devido processo legal não pode ser interpretado restritivamente, em respeito às inúmeras garantias que agrega, comportando extensão máxima quando submetido à análise dos aplicadores do Direito, único e definitivo caminho para se buscar a verdadeira justiça.

Palavras chave: devido processo legal, fundamentos do Estado Democrático de Direito, princípios constitucionais, garantias mínimas do cidadão.

ABSTRACT

¹Graduado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP - turma de 1990), Pós-graduado (especialização) pela Faculdade de Direito Municipal de Franca. Mestre pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP-SP). Foi Coordenador dos Cursos de Direito das Faculdades Unificadas de Barretos (UNIFEB) e do Instituto Municipal de Ensino de Bebedouro (IMESB-VC). Atualmente, é Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, na Comarca de Ribeirão Preto, ministrando aulas no Curso de Direito da UNAERP. Email pjteo@bol.com.br

²Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Advogado e pesquisador. Email: luanguilhermedias@hotmail.com

³Acadêmico em Direito da Unaerp e em Educação Física pela USP.

⁴Advogada, Bacharel em Direito pela Estácio-uniseb e pesquisadora.

This study aims to analyze the implications of applying the precept of due process in the vineyard of the substantive and procedural law, presenting, from a historical analysis, the influence of "due process of Law" in the genesis of the modern state as well as its vital role to the achievement and maintenance of rights, indicating the greatness of the foundation for all branches of law. Notwithstanding, therefore, be appreciated that the concept of the institute on the procedural aspects (instrumental enabler of civil liberties), but also in the substantive aspect (the analysis of the main content of the legislation), adding further that due process of Law cannot be interpreted restrictively, in regard to the numerous assurances that aggregates behaving maximum extent when subjected to analysis of law enforcers, unique and definitive way to seek true justice.

Keywords: due process, foundations of the democratic rule of law, constitutional principles, minimum guarantees of the citizen.

1. INTRODUÇÃO

Um mero passar de olhos sobre a história da civilização revela a incessante manifestação dos seres humanos contra a força dos detentores do poder.

Atualmente, com efeito, assistimos as batalhas dos povos contra o domínio religioso, político, ideológico, militar, econômico, dentre outros.

A grande marca das civilizações modernas, destarte, é a batalha pela restrição do poder central, seja ela qual for ou de que parte do mundo emanar.

Mais evidente das marcas históricas do ser humano é a sua luta por liberdade, contra a opressão e a favor da inclusão social.

A civilização moderna, com efeito, optou por rechaçar a ditadura, os regimes totalitários, o poder dos monarcas e tiranos, instituindo o conceito de Estado Democrático de Direito, tendo como base o povo, sendo necessária a construção do que se convencionou chamar de Estado (fruto da nossa maldade interior), antagonista da Sociedade Civil (derivada da nossa bondade interior), entendendo-se que a existência de um governo seria necessário para a manutenção da ordem.

Segundo Suannes (2004; p. 57), o propósito de normatizar a vida, definindo os comportamentos em função de valores (o bem) e desvalores (o mal), deu origem aos preceitos

morais, impostos pelas religiões, cujos líderes não se pejavam e não se pejaram de intitularem-se os próprios representantes da divindade entre os mortais.

Por essa ordem de idéias, em se tratando de governo que deveria representar a maioria, tratada, assim, em pé de igualdade, fez-se imperiosa a criação de assembléias, que representassem os interesses dos cidadãos de determinada base territorial, passando tais representantes a ter a incumbência da criação dos diplomas legais, que seriam aplicados por órgão com a incumbência de ditar o direito nos casos concretos, ou seja, o Poder Judiciário.

A esfera de atuação do Estado, as condições para legislar e a competência e âmbito de atuação do Poder Judiciário, contudo, precisavam ser delimitadas. Tais limitações, sob a égide do Estado Democrático, deveriam emanar do povo, por seus representantes, eleitos democraticamente, com mandatos políticos, para cumprimento do desiderato de construção do arcabouço jurídico, ou seja, do conjunto de normas e regras de conduta, instituídas de forma hierarquizada, de modo a constituir um ordenamento vertical, coordenado, coerente e lógico, construídos a partir de princípios basilares.

A existência do Estado e das leis, contudo, não levava inexoravelmente ao respeito dos direitos dos cidadãos, sendo necessária a instituição de mecanismos para frear o ímpeto dos detentores do poder, mormente no que pertine a sua insaciável vontade de extrair tributos da sociedade civil.

Dentre os mecanismos acima citados, destinados a frear a opressão e garantir a liberdade dos indivíduos, destaca-se o do *dueprocessoflaw*, instrumento de garantia contra a opressão dos tiranos e garantidor dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O conceito de devido processo legal, destarte, veio para dar a medida exata entre duas posições dicotômicas, ou seja, a liberdade total (anarquia, ausência de governo) e a tirania (opressão, ausência de liberdade), buscando equilibrar, na medida adequada, a situação de caos, que derivaria da ausência da atuação do Estado, em que não haveria ordem, sendo permanente o conflito entre os habitantes de dado território, com a situação de arbítrio, que derivaria da ausência total de liberdade do cidadão, pela inexistência de restrições contra o Poder.

Nesse sentido, a lição de Paulo Alberto Silveira (1997, p.35), in verbis:

Não há governo (ordem) onde há liberdade absoluta (anarquia). Contudo, de outra sorte, não há liberdade total onde há governo. O ponto comum de conexão desses extremos é o arbítrio, ou o governo que pressupõe representar sempre os interesses da maioria para manter a ordem, ou do indivíduo, conturbando a paz social. Ora, o

Estado tem como fim a felicidade do homem. Este, por outro lado, só alcança a felicidade e desenvolve e exercita plenamente suas faculdades, com criatividade, em liberdade. Logo, o melhor Estado é aquele que não obsta em demasia a liberdade, que deve ser a mais ampla possível, desde que mantido o mínimo de ordem. Quer dizer que o Estado ideal é o de pouco governo, com muita liberdade. Esse é o ponto de equilíbrio entre ordem e liberdade. Porém, a ordem assenta-se fundamentalmente na Justiça, pois sem justiça há quebra de paz pelo ódio. Infere-se, daí, que o âmbito de ação fundamental do governo é a distribuição da justiça, através da qual limitar-se-á a esfera de atuação dos órgãos de segurança. Nos outros setores, deve atuar, como regra, genérica e acessoriamente, com intervenção mais ativa e direta somente face a necessidades conjunturais, devendo deixar simplesmente para a iniciativa privada a administração das demais demandas da vida.

Assim, pese a preconização da instituição da maior liberdade possível para o cidadão, algumas restrições aos direitos individuais podem ser tomadas em benefício da maioria, mormente quando vivemos em um mundo globalizado, onde, apesar do individualismo ganhar força, o cidadão sempre é preterido quando confronta com interesses de corporações, algumas com poder superior a muitos governos.

No campo da liberdade, aliás, necessária uma distinção crucial, posto que, por vezes, a exigência de maior liberdade, invocada em nome do cidadão, de fato visa exclusivamente garantir a liberdade da empresa, das corporações, o que leva a restrição da liberdade do indivíduo em prol da livre circulação de mercadorias, de serviços e de capitais.

Hodiernamente, na seara jurídica, a visão neoliberal apresenta-se como o maior obstáculo para a concretização de direitos, por invocar a hipertrofia do Estado, restringindo-o a resguardar a liberdade dos indivíduos (leia-se das corporações), intervindo da menor forma possível nas relações sociais, deixando de propiciar a população os serviços de um Poder Judiciário efetivo, com meios materiais e mecanismos efetivos de restabelecer a ordem violada ou ameaçada de violação, em tempos em que a ética parece ter virado apenas um vocábulo que ilustra os dicionários.

Paradoxalmente, em verdade, verificamos uma constante desqualificação, quer material quer moral, dos órgãos que compõem a Justiça, com a utilização, para tanto, da mídia.

Todavia, jamais poderemos falar em liberdade para os indivíduos e garantia de direitos para o cidadão se o órgão concebido para tal finalidade encontra-se em posição de inferioridade com relação aos demais poderes.

Volvemos, assim, a lei do mais forte ou astuto, ou seja, a autotutela, na medida em que abandonamos a justiça distributiva, rechaçada pela pecha de assistencialista, voltando nossos olhos exclusivamente para a propriedade e para o mercado.

Nesse contexto, dignidade da pessoa humana, direitos sociais, devido processo legal, dentre outros gigantes da seara jurídica, passam a ser matéria de estudiosos, livros nas prateleiras, não encontrando qualquer eco na nossa infeliz realidade.

Nesse diapasão, afigura-se como pertinente à revolta de José Fernando de Castro Farias (2004; p. 136), que enfatiza: “defendo a posição de que devemos rejeitar o neoliberalismo, pois este – ao tomar mercado e propriedade como fetiches, bem como ao recusar as políticas redistributivas – é incompatível com a igualdade e justiça social”.

Em tempos de proliferação legislativa interna e da ausência de qualquer regulamentação legal do mercado, nunca esteve o cidadão tão oprimido em seus direitos e liberdade, estando tão afastado das esferas de decisão do poder.

Com tal profusão de interesses, quase sempre paradoxais, nunca foi tão importante à definição das regras a serem seguidas para validade dos atos jurídicos em geral e, principalmente, para os atos processuais, com escopo de dar a mais ampla condição de defesa e fornecer as garantias para que os direitos do cidadão sejam respeitados.

De fato, quando estão em jogo questão tão elementares para o indivíduo, tais como a liberdade, a igualdade e a dignidade, indispensável que, para garantia desses direitos, institua o Estado, detentor do monopólio de produção das regras do Direito, o caminho a ser adotado para restrição da liberdade (procedimento penal), para a busca da satisfação da dignidade da pessoa humana (procedimentos trabalhista, civil, administrativo etc.), para instituição, restrição de direitos ou mudanças de paradigmas (procedimento legislativo), nunca se olvidando a necessidade de aferição da própria substância dos atos administrativos, legislativos e judiciais, que também devem atender regras para adquirirem validade.

A tal ordem de idéias, que englobam inúmeros princípios e regras do Direito, quer na ordem processual (adjetiva) como material (substancial), convencionou-se chamar de DEVIDO PROCESSO LEGAL, incumbindo-se ao intérprete, ao legislador, ao aplicador do Direito a sua fiel observância, enquanto protagonistas do Estado Democrático de Direito, para validade e normalidade dos atos e do ordenamento jurídico.

2. FUNDAMENTOS BASILARES

2.1. Origem e Histórico:

O devido processo legal, conforme ficou anotado, originou-se da necessidade do homem lutar contra os abusos impostos pelos detentores do poder, ou seja, surgiu da luta contra a dominação do homem pelo homem, conforme fica patente nas palavras de Silveira (1996; p.15):

A garantia constitucional do devido processo legal prescinde da história do homem pela busca de sua liberdade, ou seja, libertar-se da servidão que lhe foi imposta pelo próprio semelhante. Revela, sobretudo, a luta pela contenção do poder.

Com efeito, após a criação do Estado, os detentores do poder passaram a utilizá-lo em benefício próprio, fator gerador de enormes iniquidades e injustiças, o que tornou inevitável a concepção na mente dos excluídos do desejo de lutar por seus direitos, vale dizer, por liberdade.

A garantia do devido processo legal, oriunda do Direito Inglês, surgiu no reinado de John, chamado de “Sem-Terra”, cujo reinado usurpou de seu irmão Ricardo Coração de Leão, morto em razão de ferimento por flecha recebido em uma batalha.

Miranda (1972; p.11), a respeito do tema em apreço, ensina que:

Ao assumir a coroa passou a exigir elevados tributos e fez outras imposições decorrentes de sua tirania, o que levou os barões a se insurgirem: ‘os desastres, cincas e arbitrariedades do novo governo foram tão assoberbantes, que a nação, sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indispôs, e por seus representantes tradicionais reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de John, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência; postergou regras jurídicas sãs de governo; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e a humildes, ameaçava a desnervar a energia nacional, que se revoltou.

Pelas razões acima expostas, não resistindo às pressões dos barões, em 15 de junho do ano de 1215 João, “Sem Terra”, acatou os termos de uma declaração de direitos, que foi denominada de Magna Carta, ou *Great Charter*, através da qual se comprometeu a obedecer certas cláusulas, franquias e imunidades, inseridas no diploma normativo, dentre eles a cláusula do devido processo legal (*dueprocessoflaw*), nos termos abaixo:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.

A garantia do devido processo legal, assim, surgiu com o propósito manifesto de garantir a liberdade individual em face da lei.

No Direito Americano, por sua vez, o devido processo legal teve entrada pelas praias americanas da Virgínia (1607), pelas mãos de dissidentes protestantes ingleses, que

ingressaram no país em razão de fuga da sua pátria, trazendo com eles os pilares da *common law*, dentre os quais o princípio do devido processo legal.

Em 1866, após a Guerra Civil (1861/65), o Congresso Americano, visando conferir, harmoniosamente, os direitos expressos no *Bill of Rights*, em face das dispareas constituições dos diversos Estados da União, instituiu a Emenda XIV, somente ratificada dois anos após pelos legislativos estaduais, conforme era exigência, da Constituição Federal Americana, com a seguinte redação:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizada nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção da leis.

Nesse contexto, para demonstrar o atraso da legislação constitucional brasileira, Campanhole (1999; p. 832) pondera que o Direito Brasileiro, ao tempo do império, através da Constituição de 1824, não registrou qualquer dispositivo expresso sobre o tema, só podendo o instituto ser vislumbrado naquela Lei Maior, de forma vaga e imprecisa, por interpretação sistemática, na área criminal procedimental, vejamos:

Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 25 de março de 1824

Título 8º - Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros

Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

[...]

VIII – Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e neste dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar aos Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.

A Constituição de 1891, inspirada na Constituição americana de 1787 e advinda da proclamação de república, apesar de instituir uma declaração de direitos, não previu, de forma expressa, o devido processo legal, não obstante, no campo criminal, fizesse menção à plena defesa com os recursos e meios essenciais a ela, bem como à cláusula proibitiva da prisão sem prévia formação de culpa, vejamos:

Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil, promulgada a 24 de fevereiro de 1891.

Secção II – Declaração de Direitos

Art. 72 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes:

[...]

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

O Constituinte de 1891, conforme ponderam Paulo Bonavides e Paes de Andrade citados por Silveira (1996; p. 30), formulou princípios e outorgou direitos que jamais foram efetivamente concretizados:

Promulgou-se a lei maior, mas não diminuiu a distância entre as regras fundamentais e o meio político e social constitutivo do País real, aquele regido por impulsos autônomos exteriores ao espaço abstrato dos mandamentos constitucionais. As forças substancialmente efetivas de um constitucionalismo sem Constituição entravam a atuar nos condutos subterrâneos da inspiração revolucionária, movendo a sociedade para os anseios de mudança e reforma.

Com a tomada do Poder por Getúlio Vargas, após a revolução de 1930, surge uma nova Lei Maior (1934), a qual, contudo, teve existência efêmera, posto que atropelada pela outorga de nova ordem constitucional, por força da ditadura decorrente do Estado Novo, no ano de 1937. A nova ordem constitucional, entretanto, demonstrou-se paradoxal, vez que embora houvesse invocação do princípio da ampla defesa, não havia como cogitar da existência de liberdades civis. Eis os dispositivos relativos ao tema:

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 16 de julho de 1934.

Cap. II – Dos Direitos e das Garantias Individuaes

Art. 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistencia, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

[...]

24 – A lei assegurará aos accusados ampla defesa, com meio e recursos essenciaes a esta.

[...]

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada a 10 de novembro de 1937.

Dos Direitos e garantias individuais

Art. 122 A Constituição assegura aos brasileiros, estrangeiros residentes no país o direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

11 – À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa.

Em um dos raros momentos de liberdade e democracia vividos por nossa pátria, tivemos a Constituição de 1946, que contou com participação popular, dedicando o Capítulo II aos direitos e garantias individuais (art. 141/4/25). Embora tenha, num sopro democrático, ampliado o rol das liberdades civis, contudo, também não trouxe em seu bojo a previsão expressa do devido processo legal, vejamos:

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 18 de setembro de 1946.

Art. 141 A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

[...]

§ 25 – É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada, pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao prêso dentro de vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.

De volta a autoritarismo que varreu toda a América latina por influência direta dos E.U.A., após o Golpe Militar de 31/3/64, seguiram-se às constituições outorgadas de 1967 e 1969 (Emenda n. 1), nas quais, por óbvio, os direitos individuais, apesar de prescritos, eram mera tinta no papel.

Constituição do Brasil, promulgada a 24 de janeiro de 1967.

Cap. IV – Dos Direitos e Garantias individuais

Art. 150 A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 15 – A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção.

Por fim chegamos à atual Constituição Federal promulgada em 05/10/1988, fruto da ampla participação do povo, em que pela primeira vez na história constitucional brasileira, previu expressamente, como princípio garantidor das liberdades civis, o devido processo legal (*dueprocessoflaw*), ao dispor no art. 5º, inciso LIV: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

O constituinte a complementou, pelo inciso LV, em que diz:

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.

2.2. Relevância e magnitude

O conceito do devido processo legal, seja procedimental (instrumental viabilizador das liberdades civis) ou substantivo (análise de seu conteúdo substantivo da legislação), tem evoluído no tempo, sofrendo ampliação para agasalhar os novos conceitos advindos das evoluções tecnológica e humana.

De se ponderar, inicialmente, que a garantia da ampla defesa prevista na Lei Maior, não traz exclusiva conotação de ordem criminal, sendo pertinente a todos os ramos do Direito, conforme pondera Rosas (1999; p. 45-46):

A Constituição assegura aos litigantes (em 1969 – acusados) ampla defesa (art. 5º, LV). Dir-se-á que a regra dirige-se para o processo penal, administrativo ou fiscal. Assim pensa Pontes de Miranda. No entanto, essa restrição deve ser ponderada. O fato de alguém ser acusado não leva fatalmente a entender-se incriminação penal. Na tradição constitucional brasileira essa diretriz era para o processo penal, tanto que desde 1824 falava-se em prisão, culpa formada, nota de culpa, expressões não mais usadas no texto atual. A Constituição italiana considera direito inviolável a defesa em todos os grau de procedimento (art. 24). O Direito italiano usa a expressão *convenutocontumace* no sentido de réu revel, como se depreende do ensinamento de Liebman: '*Contumaceèpiù propriamente, la parte che non si èconstituitanel processo, cioèquellache non há provveduto a legittimareil suo difensore, o se stessa in tale qualità, neicasiconsentitipressoilgiudicedella causa*' (Manuale di Diritto Processuale Civile, II/170, 1974).

A vedação do exercício da autotutela, excetuados os casos expressamente previstos em lei, como, a título de exemplo, é o caso da prisão em flagrante e da autoexecutoriedade dos atos administrativos, obrigou que o Estado, a partir de então, a ser o exclusivo detentor do poder dever de ditar o Direito aos casos concretos postos a seu exame (Jurisdição), compelindo-o a intervir na relação entre os litigantes, de forma a substituir as suas vontades,

imparcialmente (no sentido jurídico do vocábulo), com escopo de atingir as finalidades colimadas no direito material, estando o direito constitucional em primeiro plano, agindo sempre com a finalidade de atingir o objetivo maior da função jurisdicional, a pacificação social.

Para atingir a finalidade desejada, entretanto, necessita o Estado (Juiz), dentro de um regime democrático, a fiel observância do Direito, quer quanto o caminho a ser seguido para sua legítima consecução, quer quando a essência de seus fundamentos, com vista à superação da mera formalidade, perseguindo, de forma adequada e efetiva, a superior noção do que é justo.

Nesse sentido, Marinoni (1999; p. 224) lembra-nos que:

Convém recordar que o Estado, ao proibir a autotutela privada e assumir o monopólio da jurisdição, obrigou-se a tutelar de forma adequada e efetiva todos os conflitos de interesses, sabendo que para tanto necessitaria de tempo para averiguar a existência do direito afirmado pelo autor. O equívoco, contudo, deu-se quando o Estado, em virtude de receios próprios da época do liberalismo do final do século XIX, construiu um processo destinado unicamente a garantir a segurança e liberdade do réu diante da possibilidade de arbítrio do juiz.

O preceito garantia, desta forma, não dá guarida apenas à vinculação da observância das fórmulas previstas em lei, submete a todos a apreciação da substância dos atos a ela inerentes, denotando a importância da observância do conteúdo e da efetividade da garantia.

Constitui-se, pois, em cláusula aberta, de onde derivam inúmeras outras cláusulas, sendo meio de garantia e resultado na busca de obtenção da verdadeira Justiça, tendo em vista que evidencia o caminho natural a ser seguido, mas também preconiza o atendimento de padrões éticos e sociais, com vistas à consecução de alcançar o que entende por justo.

O devido processo legal não pode ser interpretado restritivamente, em respeito às inúmeras garantias que agrega, comportando extensão máxima quando submetido à análise dos aplicadores do Direito, único e definitivo caminho para se buscar a verdadeira justiça, dentro do conceito de Estado Democrático de Direito.

Lucon (1999; p. 98), com efeito, dando maior elasticidade ao conceito do devido processo legal, aduz que:

A igualdade interage com o devido processo legal, pois o exercício do poder estatal só se legitima através de resultados justos e conformes com o ordenamento jurídico, por meio da plena observância da ordem estabelecida, com as oportunidades e garantias que assegurem o respeito ao tratamento paritário das partes. Tal é o direito ao processo justo, ou seja, o direito à efetividade das normas e garantias que as leis do processo e de direito material oferecem [...].

O devido processo legal, destarte, não visa exclusivamente à observância do procedimento cominado na lei, com a realização de todos os atos a ele inerentes, ou seja, o prévio e natural caminho a ser seguido, preconizando também, como finalidade crucial, a efetividade da tutela jurisdicional, dando valor à apreciação da substância dos atos correspectivos.

No plano do Direito Constitucional brasileiro, por oportuno, o devido processo legal é garantidor do que o constituinte elegeu como valor supremo, ou seja, dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dos objetivos da República Federativa do Brasil, bem como dos Direitos sociais e individuais, o que nos leva a enfatizar a importância e relevo que o tema abordado ganha no cenário nacional, tornando, mais que direito, dever de todos a sua observância e exigência.

3. AS DUAS VERTENTES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O conceito de devido processo legal pode ser fracionado em duas vertentes, embora sejam elas indissolúveis, ou seja, devido processo legal procedimental e devido processo legal substancial, cuja distinção se torna imperiosa para entendimento dos seus preceitos básicos.

Apesar da sua dupla abordagem, contudo, o percurso de três etapas distintas se apresenta como desdobramento necessário à constatação do atendimento das premissas do devido processo legal.

Com efeito, de acordo com Tucci (1989; p. 15):

Trata-se esta – em vernáculo, devido processo legal – de difundida locução mediante a qual se determina a imperiosidade, num denominado Estado de Direito, de:

a) elaboração regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais;

b) aplicação judicial da lei através de um instrumento hábil à sua interpretação e realização;

c) assecuração, neste, da paridade entre armas entre as partes, visando à igualdade substancial.

Desta forma, os parâmetros da elaboração da lei devem atender a um procedimento legislativo regular e estarem de acordo com os princípios e normas de Direito

Constitucional. O conteúdo da norma, por outro lado, deve obedecer aos aspectos da razoabilidade e proporcionalidade, sempre voltada à visão do senso de justiça, bem como a necessidade do regular atendimento do procedimento previamente estabelecido, através do instrumento judicial adequado, onde devem ser atendidos os postulados da isonomia substancial, para obtenção de direitos subjetivos.

Ausente quaisquer dos requisitos acima elencados, seja de natureza procedimental ou substancial, maculado estará o devido processo legal.

Para fins didáticos pedagógicos, já que indissolúveis do ponto de vista da aplicabilidade, curial a distinção conceitual entre a esfera procedimental e a substancial do preceito constitucional.

Cretella Neto (2002; p. 45), nesse ínterim, assevera que:

O due process of law desempenha, assim, a função de verdadeiro *mega-princípio*, pois permeia e coordena toda a complexa função jurisdicional do Estado, fazendo com que os princípios processuais atendam aos critérios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, harmonizando-os entre si e garantindo a eficácia da Justiça. Permite, pois, que se chegue ao *processo justo*.

Necessário ponderar, entretanto, na esteira na lição de Galeno Lacerda (1993; p. 10), que a tortura com objetivo de confissão já fez parte do devido processo legal. Por isso, o princípio não é estático. Como diz Galeno Lacerda (1983, p.10), não se pode pensar *dueprocessoflaw* só como preservação do rito:

Como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, de frieza de uma presunção processual desumana, causam à parte inerte. Não é isto fazer justiça. Não é para isto que existe.

O denominado *dueprocessoflaw*, destarte, não pode ficar adstrito a uma mera fórmula, limitado a estanques formulações procedimentais, posto não ser um mero instrumento mecânico, matemático ou numérico, não se restringindo a um padrão ou estilo, posto que complexo, elástico e lógico, sendo, pois, um verdadeiro processo, no sentido semântico, não jurídico.

O preceito, desta forma, é a conjugação de diversos fatores, sendo indispensável à presença de uma gama considerável de requisitos para que se possa considerar observado integralmente o postulado devido processo legal.

A observação do atendimento das formalidades, de forma pura e simples, não é capaz de aferir o cumprimento do postulado e dos princípios dele derivados, não havendo fórmulas ou conceitos que possam ser passíveis de concentrar e enquadrar todas as duas faces

e vertentes, pelo que se faz necessária a observação de uma séria de requisitos, muitos dos quais dizem respeito ao mérito e essência dos atos praticados, da relação entre os atos e até mesmo da relação entre os sujeitos de direito, sempre tendo em consideração o conceito do justo, da verdadeira justiça, sob a ótica do interesse social.

Nesse diapasão, Cretella Neto (2002; p.42) labora o seguinte esquema:

A lei elaborada de forma regular, correta e razoável, e sua aplicação por um Poder Judiciário independente, utilizando mecanismo em que as partes são colocadas em pé de igualdade quanto às oportunidades que lhes são oferecidas (ampla defesa, contraditório, juiz natural) – que remete ao conceito de *processo justo*.

Como a sociedade civil organizada; como fundamento da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos individuais e sociais; estabeleceu a necessidade de existência de uma carta de intenções, repleta de conteúdo político, ético e social, devendo irradiar todo ordenamento jurídico, impôs-se a necessidade de positivação do devido processo legal no texto constitucional, posto que fundamento de toda ordem jurídica subsequente, razão pela qual o constituinte estabeleceu na Constituição a cláusula do devido processo legal, até mesmo em respeito a nossa tradição, a nosso ver digna de lamentações, de positivação de direitos.

3.1. O Devido Processo Legal Processual (“Procedural due process”)

O *procedural due process*, também chamado de devido processo adjetivo ou procedimental, é considerado mais restrito que o devido processo material, caracterizando-se pela simples norma de respeito ao procedimento previamente regulado.

Embora com caráter de menor relevância, considerada a magnitude do devido processo material, o devido processo legal adjetivo, conforme já enfatizamos, é costumeiramente mais empregado pela doutrina e pelos aplicadores do Direito, muito provavelmente pela utilização da expressão "processo", que leva a equivocada interpretação de que a garantia se dirige a aquela exclusiva seara processual, o que não corresponde à verdade.

A cláusula do devido processo legal no Direito Constitucional americano, instituída na 5ª Emenda, preconiza as garantias de natureza processual propriamente ditas, relativas ao denominado direito a *orderly proceedings*, procedimentos ordenados por

princípios. No campo processual penal, destarte, é exemplo de tal ordem de idéias a denominada proibição de *billofattainder*, que no direito pátrio representaria o equivalente ao princípio da presunção de inocência, ou seja, o impedimento de se considerar alguém culpado pela prática de crime, sem a existência de um processo prévio, com regular julgamento, resguardada a amplitude da defesa, bem como vedação da retroatividade das leis (*ex post facto law*), correspondente, no Direito Penal brasileiro, ao princípio da anterioridade, além da proibição de autoincriminação forçada (*self incrimination*), da repetição do julgamento mesmo fato (*doublejeopardy*).

Em essência, a cláusula visa dar total garantia ao direito ao contraditório e, por consequência, ao princípio dele decorrente, ou seja, à ampla defesa, posto que não se pode imaginar a efetividade da amplitude de defesa sem a prévia garantia e o efetivo exercício do contraditório, uma vez que, para se defender de um fato e de todas as implicações posteriores, necessário o conhecimento do fato, da imputação realizada em virtude do fato, de todas as suas circunstâncias, dos atos posteriores a imputação, bem como dos mecanismos postos a disposição para o pleno exercício dos direitos processuais e materiais concernentes à ampla defesa.

Calmon de Passos (1981; p. 86), de forma precisa e concisa, pondera que para a ocorrência do devido processo legal é indispensável à presença de três condições:

- a) só é devido processo legal o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial e independente;
- b) não há processo legal devido sem que se assegure o acesso ao Judiciário;
- c) as duas garantias precedentes se mostram insuficientes se não assegurado às partes o contraditório.

É recorrente na doutrina, mesmo ciente do alcance a todos os tipos de procedimento da cláusula *dueprocessoflaw*, conforme já frisamos supra, a invocação do preceito constitucional ao direito processual penal.

Tal referência, entretanto, está longe de refletir a magnitude do preceito abordado, sendo conveniente lembrar a relevância da sua aplicação ao campo direito processual civil, sendo, *verbi gratia*, dentre outros, garante o direito à citação, do conhecimento do teor da acusação, de julgamento rápido e público, à igualdade de partes, à proibição da prova ilícita, à gratuidade da justiça, ao contraditório, ao juiz natural e imparcial, ao duplo grau de jurisdição, à ampla defesa.

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (1998; p.56):

Resumindo o que foi dito sobre este importante princípio, verifica-se que a cláusula do procedural *dueprocessoflaw* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *hisday in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos

A expressão *hisday in*, comumente utilizada nos Estados Unidos, representa uma somatória de todos os direitos concernentes às liberdades civis, passíveis de dedução no processo e invocáveis perante o Estado-Juiz.

3.2. O devido processo legal substantivo (“Substantive *dueprocess*”)

O devido processo legal substantivo ou material, aplicável a todos os ramos do Direito (administrativo, civil, comercial, tributário, penal, entre outros), é a manifestação do devido processo legal na esfera material, sendo consideravelmente mais amplo que o seu lado meramente procedimental.

O substantive *dueprocess* tutela o direito material do cidadão, inibindo que a lei em sentido genérico ou ato administrativo ofendam os seus direitos, como a vida, a liberdade e a propriedade, outros destes derivados ou inseridos na Constituição.

O preceito, conforme tem interpretado a Suprema Corte Americana, permite a análise substancial de qualquer lei, bem como a determinação da sua legitimidade do seu emprego, impedindo o uso abusivo do poder estatal.

A tortura com objetivo de confissão, conforme já ponderado, outrora já integrou o devido processo legal, pelo que o princípio não pode ser considerado estático, estando permanentemente em evolução, para agregar valores novos e inibir o crescimento dos tentáculos do Poder. Como diz Galeno Lacerda (1983; p.10), não se pode pensar *dueprocessoflaws* só como preservação do direito, mas também:

Como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, de frieza de uma presunção processual desumana, causam à parte inerme. Não é isto fazer justiça. Não é para isto que existe.

Due process of law não pode ser aprisionado dentro dos traçoeiros lindes de uma mera fórmula. Não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo.

O então ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, de forma lapidar, prolatou acórdão que em poucas palavras traz a perfeita essência do aspecto material do devido processo legal:

Due process of law, com conteúdo substantivo - substantive due process - constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W. Holmes, um real substancial nexos com o objetivo que se quer atingir.

Em verdade, o devido processo legal material não apresenta limites, abrangendo quaisquer direitos que a imaginação permita conceber, ou melhor, a maior gama possível de direitos existentes que estejam em consonância com os conceitos acima expostos.

4. DEVIDO PROCESSO LEGAL E NOVAS DEMANDAS SOCIAIS

Impensável a discussão do devido processo legal, no mundo pós-moderno, sem a contextualização dos direitos da cidadania e os reflexos da globalização.

Em primeiro plano, indiscutível que a globalização trouxe profundas mudanças de índole sociológica, fazendo emergir a ideologia que apregoa a prevalência dos interesses do mercado sobre qualquer outro interesse, dando enfoque empresarial ao direito de liberdade, desvinculado do ser humano, o que veio acarretar, na nossa concepção, na perda de direitos por parte do cidadão comum em detrimento dos direitos dos conglomerados econômicos, fazendo perecer os direitos da cidadania, uma vez que a sua concepção e ideologia afasta o cidadão comum das decisões de poder, em razão de não ter qualquer influência sobre o denominado mercado, um totem, figura metafísica, que só existe na concepção dos economistas e mercantilistas.

O termo, hoje vazio de novidade, em razão do constante uso, de domínio comum e corriqueiro, mesmo tendo surgido como algo inovador e inevitável, enseja enorme gama de reflexão, principalmente ante os seus reflexos perante as ciências sociais.

Nas palavras de Giddens (1991, p. 69), conceitualmente, "a globalização pode assim ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa."

A pergunta que não quer calar, no ramo do direito, que é o que nos importa no momento, é a relativa ao afastamento dos direitos de participação popular, de soberania, de sopesamento dos princípios fundamentais, quando os direitos do cidadão confrontam-se com os interesses do mercado.

Em digressão sobre as tensões da modernidade, com efeito, Boaventura de Sousa Santos (1989; p.74) invoca a necessidade da existência de um Estado forte para conter a conflituosidade advinda da globalização e da economia de mercado, ressaltando que:

O Estado moderno, não obstante apresentar-se como um Estado minimalista, pois a sociedade civil, enquanto o outro do Estado, auto-reproduz-se através de leis e regulações que dimanam do Estado e para as quais parece não existir limites, desde que as regras democráticas da produção de leis sejam respeitadas. Os direitos humanos estão no cerne dessa tensão: enquanto a primeira geração de direitos humanos (os direitos cívicos e políticos) foi concebida como uma luta da sociedade civil contra o Estado, considerado como o principal violador potencial dos direitos humanos, a segunda e terceira gerações (direitos econômicos e sociais e direitos culturais, da qualidade de vida, etc.) pressupõem que o Estado é o principal garante dos direitos humanos.

Por certo, a adoção das regras de interesse do mercado, sob qualquer ponto de vista, em nada pode beneficiar os direitos individuais ou coletivos, somente tendo por ensejo a minoração e relativização de tais direitos.

No contexto do sistema constitucional brasileiro, demais disso, estão sendo feitas reformas e reformas e, ainda, reformas das reformas, sempre tendo por escopo a adoção das regras determinadas pelo mercado (positivação de regras de interesse do capital externo), as quais, apesar do esforço da mídia em torná-las palatáveis para digestão da população, provocam um verdadeiro aniquilamento dos direitos do cidadão, afastando-o cada vez mais do cenário político, das esferas de decisão, sofrendo, ademais, minoração em quase todos os seus direitos.

Essa apologia de uma democracia de mercado global, não consegue compreender, por ser excessivamente restrita, que o "desenvolvimento entendido como simples crescimento econômico nunca foi de per si garantia de direitos, nem civis e políticos, nem econômicos e sociais" (PIOVESAN, 2002; p. 81).

A visão fornecida ao cidadão comum, por outro lado, é a de que a ideologia de mercado ou do mercado não comporta qualquer objeção ou contestação, sendo, portanto, inevitável, não havendo como modificar os seus efeitos perversos, dentre os quais a minoração dos direitos do cidadão em detrimento dos conglomerados econômicos.

Desta forma, a linguagem e manifestação do mercado global, que transparece como mentalidade dominante, procurando a todos alcançar, indistintamente, em sua característica mais perversa, faz crer que qualquer tipo de manifestação contrária é inútil e contraproducente, não havendo alternativas, buscando erigir uma total uniformização através de um discurso único, no qual não existe uma responsabilidade pelo outro, pois este é encarado como um competidor em potencial, um inimigo a ser derrotado, ou seja, globalização, nessa vertente econômica, designa uma "socialização às cegas, visto ter conseguido de fato englobar o mundo" (THÉLÉNE, 1999; p. 16).

Nessa linha, ensinava o Professor Milton Santos (2000; p.113) que "como os atores globais eficazes são, em última análise, anti-homem e anticidadão, a possibilidade de existência de um cidadão do mundo é condicionada pelas realidades nacionais".

A realidade das nações, desta forma, passou a ser guiada pela ética do mercado (caracterizado pela total falta de senso moral) e pela política econômica, sendo sepultada a soberania de seus povos em prol da ideologia do mercado.

Como bem assevera Habermas (1999; p. 05), "hoje são antes os Estados que se acham incorporados aos mercados e não a economia política às fronteiras estatais".

Nesse diapasão, surge como característica dominante a total falta de paradigmas, não sendo mais possível o estabelecimento de qualquer conceito fixo, seja qualquer base ou contexto a ser focado.

Emerge como único compromisso dos governos nacionais, diante do quadro acima exposto, a tutela dos interesses das empresas e grandes conglomerados, como foi o caso da FIFA durante a copa do mundo, relegando-se ao segundo ou último plano os anseios e necessidades da população em geral.

Essa nova arquitetura do Estado-Nação tem sido muito influenciada e moldada por uma outra consequência oriunda desse vertiginoso crescimento tecnológico da modernidade globalizada, que é uma falta completa de parâmetros conceituais fixos para explicar quaisquer dos fenômenos vivenciados no presente, pois os significados de clássicos conceitos, como liberdade, igualdade, soberania, dentre outros, foram demasiadamente relativizados em um época de insegurança e incerteza permanente, onde todos os termos são passíveis de serem questionados. Esta circunstância é inquestionável. Admitirmos e lidarmos com os riscos inerentes dessa moderna e radical globalização, na qual impera um espectro ilimitado de opções para guiar as ações é, em nosso entendimento, a única saída para solucionar, mesmo que transitoriamente, alguns dos problemas que essa mesma modernidade e sua globalização

revelaram, haja vista que fomos "lançados num vasto mar aberto, sem cartas de navegação e com todas as bóias de sinalização submersas e mal visíveis[...]" (BAUMAN, 1999: 94).

Ademais, em virtude da pluralidade inerente ao ser humano, o sonho de uma utópica cidadania global, alicerçada em bases locais, não pode nunca significar a imposição de apenas uma espécie de linguagem, ou de uma só forma de vida, pois "os princípios fundamentais ou básicos para uma melhor sociedade, na qual todos possam viver, nem sempre realizam, concretamente, um único tipo de comunidade aceitável para todos, desde que será impossível definir, para todas as pessoas, exclusivo modo de vida e viver" (BARACHO, 1995: 13).

Dentre tais paradigmas, parece evidente o sopesamento dos princípios basilares do Estado Social, posto que o mercado não admite qualquer espécie de "paternalismo", considerado como qualquer modificação na esfera social por parte dos órgãos governamentais, com vistas a implementar a isonomia substancial, alterando a situação de miserabilidade dos povos ocupantes de territórios do terceiro mundo.

Refletindo a respeito dessa indagação e de todas as intensas transformações resultantes do processo de globalização, por oportuno, vislumbramos a necessidade de repensarmos a configuração do vigente federalismo brasileiro, buscando questionar os meios de inserir o cidadão num mundo globalizado e heterogêneo.

Nesse contexto, imperiosa a tomada de posição em defesa dos preceitos fulcrais da Carta Magna, mormente no que pertine aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Atualmente, desta forma, depara-se o jurista com o conformismo e perplexidade ou, contrário senso, com o dever moral de lutar pela prevalência dos postulados constitucionais do devido processo legal.

5. CONCLUSÃO

Como verificamos ao longo do trabalho, o devido processo legal assume magnitude impar na seara do direito, fixando-se logo abaixo dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, com posição de relevo no topo dos princípios informativos e constitucionais.

Não sem razão, o princípio do devido processo legal foi consagrado, de forma expressa, na Constituição Federal de 1.988, constando da redação do artigo 5º, inciso LIV, que: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Na visão da maior parte da doutrina, conforme destacamos, os demais princípios constitucionais, com destaque para os processuais, possuem a sua gênese no princípio do devido processo legal.

De fato, segundo Cretella Neto (2002; p. 39) “por outro lado, e por sua excepcional importância, dedicaremos um item específico a um *megaprincípio* – que Humberto Theodoro Júnior prefere denominar de *superprincípio*– que é *princípio do devido processo legal*”.

Nelson Nery Jr. (2000; p. 42), dando ênfase ao acima exposto, considera que é tal a amplitude da cláusula do *devido processo legal*, que desnecessária seria qualquer outra dogmatização principiológica relativamente ao processo civil.

Com efeito, derivam do devido processo legal, de forma inexorável, vários outros princípios, tais como da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição e da motivação das decisões judiciais. Essa, aliás, a visão de TUCCI e CRUZ, bem como de Nelson Nery Júnior (1996; p. 29), o qual, em sua obra *Princípios de processo civil na constituição federal*, preleciona que, por coerência, da adoção do devido processo legal, obrigatoriamente decorrerão todos os outros que ensejam a garantia de um processo e de uma sentença justa.

A redação do preceito constitucional, conforme lição de Adhemar Ferreira Maciel (1997; p. 177), derivou diretamente de duas emendas à Constituição Norte-americana, sendo fórmula resumida das emendas de número V e XVI, *verbis*:

Emenda no. V: [...] ninguém será compelido em nenhum processo penal a testemunhar contra si próprio, ou ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal.

Emenda no. XVI: nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processual legal.

Segundo Portanova (1997; p. 145): “o princípio do devido processo legal pode ser encontrado sob outras definições, tais como o princípio do processo justo ou princípio da inviolabilidade da defesa em juízo”.

Razoável a ponderação de que os princípios constitucionais informam todos os ramos do Direito e, em especial, o devido processo legal informa todas as atividades processuais, bem como as atividades a ela correlatas.

Não basta, pela observância do preceito em análise, que o membro da coletividade tenha direito ao processo, tornando-se, pelo contrário, inafastável também a absoluta

regularidade deste, com a verificação de todos os corolários daquele, para o atingimento da referida meta colimada.

Para Arturo Hoyo(1991; p. 55), o princípio do devido processo legal está inserido no contexto, mais amplo, das garantias constitucionais do processo, e que somente mediante a existência de normas processuais, justas, que proporcionem a justeza do próprio processo, é que se conseguirá a manutenção de uma sociedade sob o império do Direito.

Em sua lição, Luiz Airton De Carvalho (1994; p. 09) menciona que o princípio do devido processo legal protege a liberdade, em seu sentido amplo – liberdade de expressão, liberdade de ir e vir, liberdade de fazer e não fazer, de acordo com a lei –, e os bens, também, em amplo sentido - bens corpóreos (propriedades, posses, valores) e bens incorpóreos (direitos, ações, obras intelectuais, literárias, artísticas, sua imagem, seu conceito, sua expressão corporal, etc.).

O princípio enfocado (*due process of law*) é uma garantia do cidadão, prevista expressamente na Lei Maior, em benefício de todos os cidadãos, de forma paritária e isonômica, abarcando não só o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas.

Conforme se verificou acima, existem duas modalidades de devido processo legal, quais sejam, o substantive due process e procedural due process.

O conceito de devido processo legal procedimental refere-se à maneira (aspecto formal) pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo, ou a ordem judicial, são executados. Ao passo que o devido processo legal resguarda o direito material do cidadão, impedindo que o Estado ofenda seus direitos.

Sob tal enfoque, necessária a verificação tão somente do fato do procedimento empregado, por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei ou regulamento, estar obedecendo, sob o aspecto formal, o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato.

Curial a menção à obra indispensável dos mestres CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (1998; p. 56), acerca do princípio do devido processo legal:

O devido processo legal, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional.

Nesse diapasão, Silveira (1996; p. 79) aduz que:

Qualquer pretensão de conceituar o devido processo legal deverá levar em consideração sua origem, que remonta, aos reinados de Henry I (1100/11350 e Henry II (1154/1189), culminando com a assinatura da Magna Carta pelo Rei João Sem Terra – (JonhLackland (1199/1216), que sucedeu ao seu irmão Ricardo Coração de Leão-Richard the Lion Heart (1189/1199).

O Chief Justice Burger (1976:01), da Suprema Corte dos Estados Unidos, nesse sentido pronunciou:

The Due Process concept embraced in our Constitution traces directly back nearly 600 years to Runnymede. It is more than a technical legal concept for it pervades our Constitution, our laws, our system, and our very way of life-that every person shall be accorded what is due.⁵

Uma visão mais ampla e refinada pode ser encontrada nos dizeres de Abraham e Perry (1994:95):

The concept of due process of law and its application to our federal and state governments is based on an extensive reservoir of constitutionally expressed and implied limitations upon governmental authority, ultimately determined by the judicial process, and upon those basic notions of fairness and decency which govern, or ought to govern, the relationships between rulers and ruled.⁶

Dada a dificuldade de se definir o devido processo legal, com exatidão conceitual, Maciel (1994; p. 373) informa que Thomas Cooley procurou dar uma idéia do leque de proteção do instituto:

O termo devido processo legal é usado para explicar e expandir os termos vida, liberdade e propriedade e para proteger a liberdade e a propriedade contra legislação opressiva ou não razoável, para garantir ao indivíduo o direito de fazer de seu pertences o que bem entender, desde que seu uso e ações não sejam lesivos aos outros como um todo.

⁵“O conceito do devido processo abraçado em nossa constituição remonta diretamente, há 600 anos. É mais do que um conceito técnico legal, pois ele permeia nossa Constituição, nossas leis, nosso sistema, e nosso próprio modo de vida – que a toda pessoa deverá ser concedido o que é devido” (tradução nossa).

⁶“O conceito do devido processo legal e sua aplicação aos nossos governos estadual e federal é baseado em um extensivo reservatório de limitações constitucionais expressas e implícitas sobre a autoridade governamental, fundamentalmente determinado pelo processo judiciário, sobre as noções básicas de lisura e decência que governam, ou devem governar, o relacionamento entre legislador e legislado” (Tradução nossa).

O princípio do devido processo legal, de acordo com Wambier (1991:54), pode ser encontrado em praticamente todas as constituições democráticas do mundo, uma vez que:

Refere-se ao direito atribuído ao cidadão do Estado, de buscar abrigo para questões relativas aos conflitos de interesses em que esteja envolvido, numa esfera do poder estatal – o Judiciário -, utilizando-se, para tanto, de mecanismos jurídicos previamente definidos por lei.

Cocurutto (2004; p. 08), por sua vez, pondera que é correto afirmar que a observância aos Princípios Constitucionais do Direito Processual caracteriza o denominado devido processo legal, então previsto expressamente no art. 5º, inciso LIV, da CF, a saber: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Para Lucon (1999; p. 100):

O princípio-garantia do devido processo legal não pretende apenas a observância do procedimento estatuído na lei, com a realização de todos os atos inerentes a ele: pretende também a efetividade da tutela jurisdicional, concedendo proteção àqueles que merecem e necessitam dela. O direito material somente se efetiva se lhe corresponderem instrumentos adequados de tutela, com um processo justo mediante o tratamento igualitário das partes.

Não obstante, ressalta-se que a dura realidade cotidiana não pode ser justificativa para processos meramente inquisitoriais, ao melhor estilo do romance “O processo”, do magistral Franz Kafka, sob pena de regressarmos há tempos sombrios não muito distantes da história brasileira, em que a violação da vida e da liberdade, infelizmente, se tornou algo trivial. Por corolário, imperiosa a observância do devido processo legal na prática cotidiana, respeitando-se de maneira absoluta os direitos do cidadão, a fim de manter-se acesa a chama da justiça.

Primordial importância, destarte, para concluir, assume o devido processo legal em face dos demais princípios, uma vez que estando ele assegurado, estarão garantidos todos os demais princípios elencados na Constituição Federal, posto que dele decorrentes de forma direta.

A nova ordem social e o surgimento de infindáveis demandas sociais na atualidade estão a exigir o redimensionamento do princípio mater e a revigoração da sua dupla faceta, posto que irradiam todo o sistema de princípios na seara procedimental, mas não afastam a observância da regularidade do conteúdo do direito material a ser aplicado.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Henry J; PERRY, Barbara A. **Freedom and the Court**. London: Oxford University Press, 1994.

ALVIM, Angélica Arruda. **Princípios Constitucionais do Processo**. Revista de Processo, São Paulo, ano 19, nº 74, 1994.

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

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ASSIS, Araken de. **Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade**. In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. José Rogério Cruz e Tucci (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania, a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **O Princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Belo Horizonte: Movimento Editorial/FDUFMG (Nova Fase), 1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e Instrução do Processo**. Revista de Processo, São Paulo, ano 10, nº 37, 1985.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, 2 v.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1999. 145p.

BURGER, Justice. *Magna Carta and the tradition of liberty*. US Capitol Society, 1976

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil** – Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 1999

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Luiz Airton. **Princípios Processuais Constitucionais**. Rio de Janeiro: Cartilha Jurídica, TRF/1ª Região, nº 28, 1994.

CHEDID, Luciano; WEBER, Adriana. **Noções introdutórias de teoria geral do processo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo;GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

COCURUTTO, Ailton. **Fundamentos de direito processual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

CORREIA, Marcus OrioneGonçales. **Teoria geral do processo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

_____.**Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DELGADO, José Augusto. **Sujeitos do Processo**. Revista de Processo, São Paulo, ano 8, nº 30, 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 4 ed. São Paulo: Malheiros editores.1994.

FARIAS, José Fernando de Castro. **Ética, Política e Direito**. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2004.

FERNANDES, Daniel André. **Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Garantia Constitucional do Direito de Ação e sua Relevância no Processo Civil**. São Paulo:1972.

_____. **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Nos limites do Estado**. Jornal Folha de São Paulo, SP, 18/07/1999. Caderno Mais, p. 4 – 6.

KAFKA, Franz. **O Processo**. Martin Claret, São Paulo: 2005.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Garantia do duplo grau de jurisdição**. In.: **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. José Rogério Cruz e Tucci (coord.) São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LUNA, Everaldo da Cunha. **Capítulos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O Devido Processo Legal e a Constituição Brasileira de 1988**. Revista de Processo, São Paulo, ano 22, nº 85, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo, Malheiros: 1996.

_____. **Garantias constitucionais do processo civil:** homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. Coordenação José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade.** Coimbra Editora, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direitos humanos fundamentais** - comentários doutrinários e jurisprudenciais aos arts. 1º a 5º. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2000.

MOTTA, Cristina Reindolff da. **DueprocessofLaw.**In:As Garantias do cidadão no processo civil. Sérgio Gilberto Porto (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

NERY JR., Nelson. **Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NIGRO, Mario. **Giustizia amministrativa.** Bolonha: Mulino, 1976.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.** In: Processo e constituição. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (coord.). Processo e constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **O controle do arbítrio do estado e o direito internacional dos direitos humanos.** In: Cidadania e Justiça – Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros. Ano 2, nº 5, 2º semestre, 1988.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 4ª. ed., São Paulo: Max Limonad, 2000. 458 p.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional - Princípios Constitucionais de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1999.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria Geral do Direito Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 13. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo legal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 14ª ed. v. I Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Princípios Gerais de Direito Processual Civil**. Revista de Processo, São Paulo, ano 6, nº 23, 1981.

THÉLÉNE, Catherine Colliot. **O conceito de política posto à prova pela mundialização**. Trad. Luciano Nervo Codato. In Revista de Sociologia e Política. nº 12, junho, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e Processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações Sobre o Princípio do Devido Processo Legal**. Revista de Processo, São Paulo, ano 16, nº 63, 1991.

Submetido em 07.06.2017

Aceito em 10.10.2017