DEVIDO PROCESSO LEGAL

NORA MAGNÓLIA COSTA ROTONDARO(*)

INTRODUÇÃO

O instituto do devido processo legal (*due process of law*) situa-se na história do Direito há longa data, muito antes de ser positivado na Magna Carta inglesa de 1215. Presente no direito anglo-saxão anteriormente, foi absorvido pelos americanos (Emendas ns.V e XIV à Constituição de 1787), irradiou-se para as Cartas Constitucionais de praticamente todos os países do ocidente.

Seu estudo é de suma importância, tanto no aspecto processual como no substantivo, demonstrando, à saciedade, que o instituto dá suporte aos direitos e garantias individuais.

Por outro lado, o princípio da razoabilidade, que tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal substantivo, serviu de suporte para decisões importantíssimas no direito constitucional norte-americano. O conceito de razoabilidade se constituiu em parâmetro na busca do equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos do cidadão.

O aplicador do direito necessita munir-se de tais conceitos para que possa responder aos anseios da sociedade moderna, que estão em jogo nos múltiplos aspectos das questões jurídicas. Não é mais suficiente a idéia de que o direito de um termina quando começa o do outro. Na realidade, os direitos devem ser harmonizados. Não se isolam mais em departamentos estanques. A propriedade que era intangível, passou a ser encarada dentro do prisma social. Qualquer ato individual necessita passar pelo crivo do universal.

Lembre-se que a cláusula do devido processo legal, na América do Norte, foi influenciada pela concepção jusnaturalista, constituindo-se em garantia a um processo que se inspirasse em princípios universais e superiores da Justiça, e de tal forma foi se instalando nas diversas legislações.

(*) Juíza Titular da Vara do Trabalho de Tietê.

E por mais intrincado que parecesse, antes de tudo, tornou-se vital para o Estado de direito que o processo fosse justo além do muros estreitos do individual, quando as questões levantadas se reportavam à vida, à liberdade e à propriedade.

1. Raízes históricas

1.1. Séculos XIII e XIV

O instituto do devido processo legal concretizou-se realmente no princípio do século XIII, na Inglaterra, no reinado de João Sem Terra, embora já existisse de forma embrionária no direito anglo-saxão, como noticiam os historiadores.

Em 1215, o princípio é mencionado na Magna Carta (Great Charter), no art. 39:

"Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou reduzido em seu *status* de qualquer outra forma, nem procederemos e nem mandaremos proceder contra ele, se não mediante um julgamento regular pelos seus pares ou pelo costume da terra " (*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals ou by the law of the land).*[1]

O princípio em destaque encontrou reforço no estatuído no art. 40 do histórico documento: "A ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça" (*"To no one will we sell, to no one deny or delay right of justice.").*

A Magna Carta foi criada como se fosse uma garantia dos nobres contra os abusos da Coroa inglesa que taxava excessivamente. Para tanto, também contribuiu o clima de insatisfação com as sucessivas derrotas perante a França. Os senhores feudais foram apoiados pelos burgueses, e a partir de então os reis ingleses somente poderiam aumentar impostos ou alterar as leis com a aprovação do Grande Conselho, composto por membros do clero, condes e barões.

Todavia, o termo *due process of law* foi somente utilizado em 1354, na lei inglesa baixada no reinado de Eduardo III (*Statute of Westminster of the Liberties of London).* O curioso é que se desconhece o nome do legislador dessa lei.

Lembra Canotilho que a fórmula adotada em 1215 não era suficientemente clara ao se referir à lei do país (*the law of land),* portanto, no século XIV, foi adotada a expressão *due process,* que embora semanticamente mais rica, é também mais indefinida.

---

(1) *Silveira, Paulo Fernando,* "Devido Processo Legal", 2ª ed., Ed. Del Rey, pág. 22.

Esclarece o referido autor que: "Em rigor, o processo devido seria o complexo de actos situados entre o momento inicial de comparência e juízo de acusação e a sentença condenatória de prisão."[2]

Importante lembrar que a Magna Carta não teve natureza constitucional. O objetivo foi restringir o poder real. Não foi editada em inglês, mas em latim, e a expressão *legem terrae* foi o embrião do *due process of law.*[3]

1.2. Séculos XVII e XIX

Os protestantes ingleses quando vieram em 1607 para a América (em Virgínia), trouxeram os conhecimentos da *common law*, e portanto, do *due process of law.*

As treze colônias, que se estabeleceram paulatinamente, outorgaram às cortes de justiça a aplicação da lei nos termos da *common law.*

Louis B.Wright, autor da obra "Magna Carta and The Tradition of Liberty", relata um episódio que bem revela a influência da Magna Carta: "*Bem no fim do século XVII, quando Sr. Francis Nicholson, um arbitrário governador da Virgínia, entendeu de atirar alguns colonos na cadeia sem o devido processo legal, ele foi acusado de ter violado as previsões da Magna Carta. Alguns deles tiveram a liberdade de dizer-lhe que tal procedimento era ilegal e não justificável num país que tinha a felicidade de ser governado pelas leis inglesas, como reportou o historiador Roberto Verveley, de quem ouviu-se dizer que eles não tinham nenhum direito às liberdades dos cidadãos ingleses e ele enforcaria a todos que presumivelmente lhe opusessem, colocando a Magna Carta sobre seus pescoços.*"[4]

Em 1783 foi assinado o Tratado de Paris, passando as treze colônias a serem Estados livres e independentes, após a longa Guerra da Independência. Mas, durante o conflito as Colônias estiveram subordinadas aos "Artigos da Confederação", com frágil poder central.

Em 1787 foi redigida a Constituição Americana, criando-se a república federativa, com poder central forte, sem abandonar o poder dos Estados, dentro de sua competência, demonstrando a influência de Locke e Montesquieu.

Receosos, os Estados demoraram para ratificar a Constituição. Havia dúvidas quanto à possibilidade de que o poder central desembocasse em ditadura.

Thomas Jefferson, Madison e *Mason*, representantes do Estado de Virgínia, apresentaram ao Congresso emendas à Constituição, para que figurasse o que foi denominado *Bill of Rights*, Emendas ns. 1 a 10, que foram incorporadas em abril de 1791.

---

(2) *Canotilho, José Joaquim Gomes;* "Direito Constitucional", 3ª ed., Almedina, págs. 460/461.

(3) *Oliveira, Cybele* — "Devido Processo Legal" — Artigo publicado na Rev. de Dir Constitucional e Internacional — n. 32, págs. 176/191

(4) *Silveira, Paulo Fernando* — "Devido Processo Legal" — 2ª ed. Ed. Del Rey — 1997 — págs 24/25.

A Emenda n. 5 é de grande importância. Nela está inserido o princípio do devido processo legal:

"Nenhuma pessoa será detida para responder por crime capital ou hediondo, a menos que apresentada ou indiciada por um grande Júri, exceto em casos levantados perante as forças terrestres e navais, ou milícia, quando em efetivo serviço em tempo de guerra ou perigo público: nem será pessoa alguma sujeita por duas vezes à mesma ofensa, colocando em risco sua vida ou parte do corpo; nem será compelida em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem será privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo; nem a propriedade privada será tomada para uso público sem justa compensação. (*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indicment 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 agaisnt 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").*[5]

No século XIX, eclodiu a Guerra Civil nos Estados Unidos. Após o cessar fogo, em 1866, o Congresso aprovou os direitos expressos no *Bill of Rights*, com o objetivo de contornar diferenças entre as constituições do Estados., na famosa Emenda XIV.

Na Seção I, a referida Emenda explicita: "Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei 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 das leis" (*"All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and if 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").*[6]

Importante relembrar as palavras de *Adhemar Ferreira Maciel*, in "Due Process of Law- Scientia Jurídica" — Portugal: Universidade do Minho, apud *Paulo F. Silveira*, na obra já citada, pág. 27, quanto à Emenda XIV): " ... *contém implicitamente não só os padrões de retitude e justiça encontrados na cláusula da V Emenda, mas também muitas garantias que são expressamente ressalvadas no* Bill of Rights. *Se observarmos bem, veremos que*

(5) *Silveira, Paulo Fernando* — ob. cit. pág. 26.

(6) ob. cit. pág 27.

a Emenda n. XIV, sobretudo pela proximidade da cláusula da "igual proteção das leis" (equal protection of the laws), *fornece inteligência mais abrangente ao* due processo *do que aquela da Emenda n. V. Em Bolling v.Sharpe, por exemplo, a Suprema Corte disse : "A quinta Emenda, que é aplicável ao Distrito de Colúmbia, não contém a cláusula da igual proteção tal como a décima quarta Emenda, a qual se aplica somente aos Estados. Mas os conceitos de igual proteção e devido processo, ambos provindos do ideal americano de retidão* (fairness), *não são mutuamente excludentes. A (cláusula)* equal protetion of the laws *é uma salvaguarda mais explícita de proibição de iniquidade (unfairness) do que a (cláusula)* due process of law". *O* chief Justice William Howard Taft, *ao que tudo indica, foi o primeiro juiz da Suprema Corte a tirar ilações no sentido da íntima associação entre as cláusulas da* equal protection *e do* due process of law".

Lembre-se, finalmente, que o direito americano só adotou em parte as regras da *common law.* Há inserção no sistema de lei positiva (*Statutes).* As Cortes Judiciais, principalmente as federais, garantem os direitos e liberdades civis, ao confrontarem as leis estaduais com a Constituição Federal.

2. Processo justo

Canotilho observa que as Emendas V e XIV relacionadas com o *due process of law* podem ser resumidas da seguinte forma: "processo devido em direito significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade. (....) o processo devido é o processo previsto na lei para a *aplicação de penas privativas* da vida, da liberdade e da propriedade. (...) *due process* equivale ao *processo justo definido* por lei para se *dizer o direito* no momento jurisdicional de aplicação de sanções criminais particularmente graves".

Prossegue argutamente o eminente autor: "*processo devido* como processo justo de *criação legal de normas jurídicas,* designadamente das *normas restritivas* das liberdades dos cidadãos. (.....) o *due process of law* pressupõe que o processo legalmente previsto para aplicação de penas seja ele próprio um "processo devido", obedecendo aos trâmites procedimentais formalmente estabelecidos na constituição ou plasmados em regras regimentais das assembléias legislativas. (...) Dizer o direito segundo um processo justo pressupõe que justo seja o procedimento legal dos mesmos processos".[7]

Ainda dentro do conceito de processo justo, necessário esclarecer que há duas visões do "processo devido", na doutrina americana : a processual e a substantiva.

---

(7) *Canotilho* — ob. cit. pág. 461

A teoria processual *(process oriented theory)* indica a necessidade de uma pessoa, privada dos seus direitos fundamentais da vida, liberdade e propriedade, ter o direito de exigir que essa privação seja concretizada segundo um processo especificado na lei.

Segundo a teoria substantiva *(value-oriented theory)*, além do direito a um *processo legal*, a pessoa tem direito a um processo *justo e adequado*. O processo deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça. Lembra o mestre *Canotilho*[8] "*o processo devido*" começa por ser um processo justo no momento da criação normativo-legislativa." (....) "Às autoridades legiferantes deve ser vedado o direito de disporem arbitrariamente da vida, da liberdade e da propriedade das pessoas, isto é, sem razões materialmente fundadas para o fazerem."

Na realidade, é justamente na teoria substantiva que se embasam os que defendem a *judicial review of legislation*. Assim, os juízes, estribados em princípios constitucionais da justiça, poderiam analisar os requisitos intrínsecos da lei; se há ou não salvaguarda dos direitos fundamentais.

3. Normas e Princípios

Antes de prosseguir no tema proposto, importante se torna distinguir normas e princípios, embora se situem no mesmo nível hierárquico.

Para *Roque Carrazza*[9], "princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam".

No dizer de *Gomes Canotilho*, os princípios são multifuncionais; são normas impositivas de otimização. As regras são normas que prescrevem, imperativamente, comportamentos através dos modais : *obrigado, permitido e proibido.*

A convivência dos princípios é conflitante; a das regras é antinômica. Portanto, *os princípios contraditórios coexistem*, enquanto *que as regras contraditórias excluem-se.*

Os princípios permitem um *balanceamento* dos valores; as regras impedem solução diversa.

Quando ocorre conflito de princípios, estes podem ser harmonizados. As regras conflitivas não coexistem.[10]

Pelo que se constata, é de suma importância estar ciente das diferenças, evitando-se ilações equivocadas.

---

(8) *Canotilho* — ob. cit. pág. 462.

(9) *Franco, Mônica Miranda* — "A Constituição como um sistema de princípios e normas" — artigo publicado em Revista de Direito Constitucional n. 26 — págs. 164/174 (apud)- RT.

(10) *idem, ibidem.*

4. Devido Processo Legal

Originariamente, a expressão se referia à garantia de regular processo, nas várias instâncias judiciais, como já salientado em tópico anterior.

No fim do século XIX, o conceito ampliou-se. A Suprema Corte americana, com base em critérios de *razoabilidade e racionalidade*, passou a promover a proteção dos *direitos fundamentais nas leis e atos estatais em geral, atingindo ação do Poder Público, considerada arbitrária.*

No início, as decisões se referiam a matérias econômicas (*economic matters*), depois, evoluiu para o *substantive due process.*

Na feliz expressão de *Dinorá Grotti*[11], "transformou-se, ao lado do princípio de igualdade, no mais importante instrumento jurídico protetor das liberdades públicas, transmudando-se num princípio garantidor na realização da justiça, capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e da generalidade das ações do Poder Público".

Lembra *Nelson Nery* que o prestígio do direito constitucional norte-americano "tem como sua causa maior a interpretação da cláusula *due process* pela Suprema Corte. O Tribunal não só vem interpretando o princípio de modo a fazer valer o que o espírito do constituinte pretendeu quando adotou a regra, como também fazê-lo de forma analítica, "declarando" que a corte decidiria dessa ou daquela maneira, se o problema fosse equacionado de outro modo".[12]

4.1. Procedural Due Process

Nos Estados Unidos, o devido processo legal no sentido processual (*procedural due process)* implica em reconhecer aos litigantes: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) juiz imparcial; c) oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) direito de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) direito à decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.

Nelson Nery Júnior observa que há outras conseqüências, frutos do desdobramento dos direitos acima elencados, a saber: a) direito a processo com a necessidade de haver provas; b) direito de publicar-se e estabelecer-se a conferência preliminar sobre as provas que serão produzidas; c) direito a uma audiência pública ; d) direito à transcrição dos atos processuais; e) julgamento pelo tribunal do júri (civil); f) ônus da prova que o governo deve suportar mais acentuadamente do que o litigante individual.[13]

---

(11) *Grotti, Dinorá Adelaide Musetti* — "Devido Processo Legal e o procedimento administrativo" — artigo publicado na Revista de Direito Constitucional — n. 22 — págs. 118 e s -RT.

(12) *Nery Júnior, Nelson* — "Princípios do Processo Civil na Constituição Federal" — págs. 32/33 — 3ª. ed. RT.

(13) *Nery Júnior, Nelson* — ob. cit. págs. 38/40.

Com o fito de não engessar o princípio, a Suprema Corte sempre evitou definir o que seria *due process of law,* mas os doutrinadores observaram que há aplicação dos princípios fundamentais da liberdade e justiça, com adaptações, dependendo se a área é civil ou penal.

Lembra *Paulo Fernando Silveira* que, atualmente, a jurisprudência americana evoluiu, abrigando dentro do conceito do devido processo legal *(substantive due process),* outros direitos, como o de contratar e o da privacidade, que sequer se acham arrolados na Constituição.[14]

4.2. Substantive Due Process

O devido processo legal foi se transformando com o passar do tempo. A doutrina e jurisprudência alargaram o primitivo conceito, permitindo amparar os direitos fundamentais do cidadão.

Sua origem teve como sede a análise da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Restou esclarecido que o legislativo tem que produzir leis que satisfaçam o interesse público, para tanto necessário aplicar o princípio da razoabilidade. Toda lei que não for razoável é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Judiciário.

Ressalta *Nelson Nery Jr.* outros exemplos do *substantive due process:* a) liberdade de contratar, consubstanciada na "cláusula de contrato", afirmada no caso *Flecter v.Peck* (1810), em voto de Marshall; b) garantia do direito adquirido (*vested right doctrine);* c) proibição da retroatividade da lei penal; d) garantia do comércio exterior e interestadual (*commerce clause),* fiscalizados e regrados exclusivamente pela União (art. 22, n.VIII, CF, art. 1º, Secção 8ª, n. III, da Constituição Norte -Americana); e) os princípios tributários da anualidade, legalidade, da incidência única (*non bis in idem);* f) proibição de preconceito racial; g) garantia dos direitos fundamentais do cidadão.[15]

Em 1856, um tribunal de Nova Iorque invalidou uma lei estadual que proibia o uso de bebida alcoólica, analisando apenas sua substância (*New York v. Wynehamer).* Neste processo, pela primeira vez se disse expressamente que o devido processo também alcançava o conteúdo da legislação : "*Due process rather than merely protecting the mode of procedure, was made to reach the sustantive content of legislation*".[16]

Na Suprema Corte, no caso *Dred Scott v.Sanford,* em 1957, pela primeira vez se adotou o substantivo processo legal. Anulou-se legislação do Congresso Americano que proibia a escravidão nos territórios: "uma lei que retira do cidadão sua propriedade em escravo simplesmente porque ele traz essa propriedade a um território é arbitrária e desarrazoada e, portan-

---

(14) *Silveira, Paulo Fernando,* ob cit pág. 87.

(15) *Nery Jr, Nelson* — ob. cit. pág. 38.

(16) *Silveira, Paulo Fernando* — ob. cit. págs 177/233.

to, violadora do devido processo (*a law which deprives a citizen of his property in slaves simple because he brings such property into a territory is arbitrary and unreasonable and hence violative of due process).*

A partir dessa decisão o Judiciário, ao analisar a constitucionalidade de uma lei, se utilizou do crivo da valoração social albergada pela Constituição.

Salienta *Paulo Silveira* que a atitude da Suprema Corte demonstra atividade legislativa (embora indiretamente), pois nos Estados Unidos as decisões quando majoritárias (2/3 dos juízes), têm efeito vinculante *(stare decisis),* para os tribunais e juízes inferiores (federais e estaduais).

Lembre-se que no período de 1934 a 1936, a Suprema Corte anulou 16 leis do programa *New Deal,* do Presidente Roosevelt, por considerar excessiva a intervenção na economia, que retirava dos proprietários, bem como dos comerciantes, a liberdade de contratar e a propriedade dos bens.

Mas veio a depressão econômica (iniciada em 1929), e restou evidenciado que o governo federal não podia ficar de mãos atadas. E a partir de 1937 a Suprema Corte reconheceu que os fatos políticos da vida devem ser avaliados e superados pelo Legislativo. Adotou padrão diferenciado no exame da lei, dependendo da área de incidência.. Se o enfoque fosse econômico, o critério escolhido era o da razoabilidade da lei; mas, em se tratando de liberdades civis e direitos fundamentais, a interpretação era restritiva.

A característica desse princípio, sob a ótica substantiva, é de expressiva abrangência. As inferências que se podem tirar são ilimitadas.

Importante lembrar dois traços marcantes do *commom law:* doutrina dos precedentes judiciais e a doutrina da supremacia da lei ou de direito, por trás dos quais existe a razão, em oposição ao elemento vontade. Segundo *Roscoe Pound*[17], "por trás de ambas há o mesmo espírito. A doutrina dos precedentes significa que as causas devem ser julgadas por princípios extraídos indutivamente da experiência judicial do passado, não por dedução de regras estabelecidas arbitrariamente pelo soberano. Em outras palavras, a razão, e não a vontade arbitrária, há de ser o último fundamento da decisão. A doutrina da supremacia do direito é redutível à mesma idéia. É uma doutrina segundo a qual o soberano e todos os seus representantes estão vinculados a agir conforme princípios, e não pela sua vontade arbitrária; são obrigados a seguir a razão, em vez de serem livres para seguir o capricho. Ambas representam a idéia germânica do direito: uma busca da justiça e da verdade estabelecidas pelo Criador. A doutrina do *common law* é uma doutrina da razão aplicada à experiência".

É relevante salientar que se utiliza freqüentemente o princípio da razoabilidade na aplicação do devido processo legal na sua forma substantiva. No dizer de *Luís F.Barroso,* "é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento: a justiça." Lembra, também, com apoio em *Lavié*

(17) *Oliveira, Cybele* — artigo citado pág. 178.

Quiroga, que "a razoabilidade pode ser aferida dentro da lei (razoabilidade interna) e sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto Constitucional (razoabilidade externa)." A razoabilidade interna se explicita através da adequação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. "Se o Poder Público, diante de um surto inflacionário (motivo) congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos (meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles (fim) — há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão, e a norma em princípio é válida".[18]

Mas há que se aferir a razoabilidade externa, em determinadas situações. Assim, por exemplo, "diante da impossibilidade de conter a degradação acelerada da qualidade da vida urbana (motivo), a autoridade municipal impedisse o ingresso nos limites da cidade de qualquer não residente que não fosse capaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que se reduziria a demanda por habitações e equipamentos urbanos (fim). Norma deste teor poderia até ser internamente razoável, mas não passaria no teste razoabilidade diante da Constituição, por contrariar princípios como o federativo, o da igualdade entre os brasileiros, etc.

5. Devido Processo Legal no Brasil

Embora o princípio do devido processo legal somente tenha sido expressamente incluído na atual Constituição (5.10.1998), os doutrinadores afirmam que, de forma implícita, já estava presente nas constituições anteriores, até porque o Brasil foi signatário de convênios interamericanos, como o de São José da Costa Rica, de novembro de 1969, que estabelecia: "Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente, estabelecido anteriormente pela lei, para sustentação de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outro caráter".[19]

A Constituição Imperial de 25.3.1824, em seu art. 179, inc. XI, dispunha sobre garantias mínimas, denunciando que, de forma embrionária, o princípio do devido processo legal foi inserido: "ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta". As constituições subseqüentes nada inovaram (a de 1891 — primeira da República, a de 1934 e a Carta de 1937).

Na Constituição de 18.9.1946, o princípio pode ser reconhecido através da interpretação do disposto no § 4º do art. 141: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". As Constituições posteriores mantiveram disposições semelhantes. A de 1967, no art. 150, § 4º[20], e a de 1969, no art. 153, § 4º.

---

(18) *Barroso, Luís Roberto* — "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Dir. Constitucional" — artigo publicado na Rev. Dir. Constitucional n. 23 — págs. 65/78 — Ed. RT.

(19) *Oliveira, Cybele* — idem, pág. 188.

(20) *Oliveira, Cybele* — idem pág. 190 (apud).

E, finalmente, em nossa atual Constituição (5.10.1988), o princípio foi expressamente inserido no art. 5º, inc. LIV: *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".*

O princípio em questão alcançou tamanha força na defesa das liberdades e garantias individuais que se confunde com o próprio Estado de Direito. No dizer de *Cruz e Tucci* (n. 19, deste rodapé), a cláusula "determina a imperiosidade, num determinado Estado de Direito, de:

— elaboração regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (*substantive due process of law*), segundo o desdobramento da concepção norte-americana;

— aplicação judicial da lei através de instrumento hábil à sua interpretação, realização, que é o processo (*judicial process*);

— asseguração, neste, da paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial;"

Como já salientamos, o princípio dá azo a inúmeros desdobramentos, e nos incisos do art. 5º de nossa Lei Maior encontram-se alguns: a) direito de petição (inc. XXXIV); b) não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de lesão (inc. XXXV); c) juiz natural (inc. XXXVII); d) contraditório e ampla defesa em todos os processos, inclusive administrativos, desde que haja acusados ou litigantes (inc. LV)[21]

No Brasil, a aplicação do devido processo legal sempre foi no sentido processual, como reconhece *Nelson Nery Jr.*, apoiando-se em *J.C. de Mello Filho*. Para ilustrar indica as seguintes garantias estribadas dentro dessa ótica: a) direito à citação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto;* f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação.

Todavia, timidamente, em alguns julgados pode-se verificar a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que informam o devido processo legal na forma substantiva:

"Prova — Gravação ambiental. Admissibilidade quando obtida com o conhecimento de um dos interlocutores. Colidência entre garantias constitucionalmente asseguradas: intimidade de ampla defesa. Aplicação do princípio da proporcionalidade. (1º TACIVIL — 9ª Câm. Ag. de Instr. n. 840.834-4 Ituverava-SP; Rel Juiz Cardoso Neto — 2.3.99 — Bol. AASP n. 2.175. pág. 1.533).

---

(21) *Grotti, Dinorá Adelaide* — artigo citado — pág. 120.

Lembra *Luís Roberto Barroso* que há relutância em admitir controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, mas que, ao longo da vigência da Constituição de 67/69, "ainda que de modo implícito e até mesmo *inconsciente* e sem menção expressa ao princípio, diversas decisões dos tribunais superiores revenciaram a razoabilidade como parâmetro de validade de atos emanados do Poder Público. De fato, foi ela o grande vetor de decisões como: a) a que considerou inaceitável que delegado aprovado em concurso pudesse ser reprovado na prova de esforço físico (teste de Cooper), haja vista que são os agentes, e não o delegado, que de regra desempenham as missões; b) a que considerou ensejadora de discriminação a reprovação, em entrevista pessoal, de candidatos à carreira diplomática já aprovados nas provas intelectuais; c) a que também considerou inconciliável com o princípio do concurso público o chamado "julgamento de consciência", em que o candidato à magistratura podia ser excluído do certame com base no julgamento secreto sobre sua vida pública e privada"[22].

CONCLUSÃO

O devido processo legal, em sua longa trajetória, evoluiu de simples garantia processual, formal ou adjetiva *(procedural due process)* para absorver também o caráter material, substantivo *(substantive due process).*

Vê-se, claramente, que originariamente se destinou a garantir processo regular e ordenado nas várias instâncias judiciais. Não havia, no início, questionamento da substância ou do conteúdo dos atos do Poder Público.

Por volta do último quartel do século XIX, o conceito se ampliou. A Suprema Corte norte-americana, por construção jurisprudencial, com suporte nos critérios de razoabilidade e racionalidade, atingiu o mérito das questões postas em Juízo, quando se tratava de garantir os direitos fundamentais em relação às leis emanadas pelo Poder Legislativo e os atos estatais em geral, contra a ação irracional e arbitrária do Poder Público.

Inicialmente o campo de aplicação vinculou-se ao processo penal, depois estendeu-se ao processo civil, e mais tarde, a cláusula atingiu os procedimentos administrativos, impondo a observância dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa.

Não restam dúvidas que a dimensão substantiva do devido processo legal passou por fases distintas, em evolução constante, até a década de 30 (século XX), sofrendo retração após a queda da Bolsa de Nova Iorque, em 1929.

Na época houve necessidade de grande esforço da sociedade para reequilibrar as finanças, mas, após 1950, o princípio retornou revigorado, sofrendo, na atualidade, refluxo, tendo em vista os grandes problemas da

(22) *Barroso, Luís Roberto* — artigo publicado na Rev. de Direito Constitucional n. 23 — págs. 75/76 — Ed. RT.

sociedade globalizada, da terceira onda econômica, da existência da União Européia e das gigantescas empresas que se instalam e se espalham em países longínqüos.

Inquestionavelmente, a doutrina traz inúmeros subsídios para que a jurisprudência, acompanhando a evolução da sociedade, possa responder ao clamor hodierno de Justiça. Cabe ao Judiciário, agindo com prudência e parcimônia, o controle de constitucionalidade, assegurando a preservação dos valores permanentes sobre meros anseios circunstanciais.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto — "Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional" — artigo publicado na Rev. Dir. Constitucional n. 23 — págs. 65/78 — Ed. RT.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes — "Direito Constitucional" — 3ª ed. Almedina.

FRANCO, Mônica Miranda — "A Constituição como um Sistema de Princípios e Normas" — artigo publicado na Rev. Dir. Constitucional n. 26 — págs. 164/174 — Ed. RT.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti — "Devido Processo Legal e o Procedimento Administrativo" — artigo publicado na Rev. Dir. Constitucional n. 22 — págs. 118/128.

NERY JR., Nelson — "Princípios do Processo Civil na Constituição Federal" — 3ª ed. Ed. RT.

SILVEIRA, Paulo Fernando — "Devido Processo Legal" — 2ª ed. Ed. Del Rey –1997.

OLIVEIRA, Cybele — "Devido Processo Legal" — artigo publicado na Rev. Dir. Constitucional n. 32 — págs. 176/191.