

P
R Julg TA/MG
n. 68/ec. 2
1997

Tribunal de Alçada
do
Estado de Minas Gerais

REVISTA DE JULGADOS

Órgão Oficial de Jurisprudência do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

DelRey



VOLUME 68 – 1998 – ANO XXIII
jul./set./97

DOCTRINA

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 – DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA*

Adhemar Ferreira Maciel
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O tema de nossa palestra é o “Devido Processo Legal e a Constituição Brasileira de 1988 – Doutrina e Jurisprudência”.

Inicialmente, quero dar explicações aos senhores. Primeiro, quanto ao “tema” escolhido. Segundo, quanto à “técnica” da abordagem do tema.

A Constituição de 1988 foi o primeiro de nossos Estatutos Políticos a utilizar-se, de modo expresse, da cláusula do “devido processo legal”. É rara uma sessão do STJ em que não se fale no “devido processo legal”. Isso, por si só, já denuncia sua importância.

Lúcio Bittencourt, em *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis* (3. ed., Forense, p. 90), obra clássica escrita na vigência da Carta de 1967, já frisava que as cláusulas do *due process of law* e da *equal protection of the law* do direito norte-americano podiam ser perfeitamente invocadas para assegurar as garantias do cidadão brasileiro. Este ponto de vista era e ainda é inteiramente sustentável. Nossa vigente Constituição, é certo, recebeu influências de Estatutos Políticos estrangeiros, como o português, o espanhol, o italiano e o alemão (Lei Fundamental de Bonn). Mas, inegavelmente, nossa maior intimidade se fez pela linha constitucional norte-americana. Ainda que com modificações, dos americanos adotamos a forma de Estado e o regime de governo. Nossos republicanos de 1891, como é sabido, se espelharam na Constituição estadunidense de 1787.

* Palestra proferida, em 29/09/97, no Curso de Pós-Graduação de Direito Público – Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais

Hoje, mesmo se a cláusula do “devido processo legal” não estivesse contemplada expressamente no texto constitucional, como está, ela poderia entrar pela porta ampla do § 2º do art. 5º da Constituição. Lembro, a título de reforço, que o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que criou o Supremo Tribunal Federal e a Justiça Federal, em seu penúltimo artigo (386) já dispunha: “Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e do processo federal”; Esse diploma legal, é bom que se diga, teve como modelo o famoso *Judiciary Act* de 1789.

A cláusula constitucional, como se verá da jurisprudência colacionada, é de vital importância, pois se centra na dignidade humana, repercutindo na defesa dos valores fundamentais do Homem, como a vida, a liberdade e a propriedade.

No seu livro *Principles of the Constitutional Law in the United States* (2. ed., New York: Baker, Voorhis & Co, 1938), Willoughby diz que as decisões sobre a cláusula *due process* são tantas que dariam para fazer um verdadeiro digesto, tal como o *corpus juris*.

Nossa abordagem quanto ao tema, ainda que perfunctória, dar-se-á não só sob o aspecto “processual”, mas também sobre o ângulo “substantivo”.

A segunda explicação, como disse, gira em torno da metodologia utilizada na tomada do tema. Terei de falar um pouco sobre o sempre polêmico “direito natural” e, ainda um pouco, sobre o direito anglo-americano para, então, poder chegar ao inciso LIV do art. 5º de nossa Constituição. Como se verá, tudo se acha encadeado.

O Prof. Edward S. Corwin, ao escrever a introdução à publicação do *The Constitution of the United States of America – Analysis and Interpretation*, obra editada sob os auspícios da Biblioteca do Congresso Americano, observa que cerca de um quarto das questões discutidas no livro – mais de 2.000 páginas – gira em torno da proteção da liberdade e da propriedade individuais contra as investidas do poder público, sobretudo dos legislativos estaduais.

No Brasil, ainda que também ocorra o mesmo fenômeno, as investidas se fazem sobretudo na órbita federal, já que nossa estrutura estatal não tem as características do federalismo norte-americano. Como se sabe, com a independência das antigas 13 Colônias inglesas na América do Norte, em 1776, foram criados 13 Estados (soberanos). Com o fracasso da Confederação, 55 “constituintes” se reuniram em Filadélfia, em 1787, com o intuito de reforçar o pacto, que se mostrava débil. No lugar da esperada alteração dos *Articles of confederation*, fez-se, na verdade, uma Constituição. Nasceu, assim, dos escombros da antiga Confederação, a República federativa. Só se conseguiu fazer a Federação mediante inúmeras transigências e concessões por parte dos

mais tarde denominados “federalistas”. Com o correr dos anos, porém, a idéia federalista foi ganhando corpo. O federalismo original – *dual federalism* – foi enfraquecendo em prol do governo central, dando origem a um novo federalismo. A própria Suprema Corte dos Estados Unidos, como observa com acerto Karl Loewenstein (*Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der Vereingten Staaten* – p. 512 e seg.), ao aplicar a doutrina do *substantive due process of law*, colaborou para diminuir a independência dos Estados-membros.

No Brasil, diferentemente, tivemos, até o advento da República, um Estado unitário. Com a República, as antigas Províncias passaram, com relativa autonomia, à condição de Estados-membros.

O Direito brasileiro apresenta peculiaridades. Constitucionalmente, como se falou, estamos muito ligados ao direito norte-americano. Infraconstitucionalmente, todavia, nossas raízes estão na Europa continental.

De modo didático e para o que nos interessa, pode-se falar que o Direito norte-americano se concretiza através de três modalidades. Primeira, pelo *common law*. A maioria das decisões das Cortes estaduais – perto de 29 milhões de feitos por ano – giram em torno do sistema do precedente, do denominado *stare decisis*. O juiz, para dirimir o conflito de interesses, examina o repertório jurisprudencial e procura subsumir o fato concreto num precedente. É o que ocorre sobretudo na área do Direito privado (*contracts* e *torts*). A segunda modalidade se dá na interpretação das leis elaboradas pelos órgãos legislativos (*statute laws*). É o que acontece, por exemplo, na regulamentação de seguros, de sindicatos trabalhistas etc. A última modalidade, que é a mais importante sob o aspecto político-jurídico, repousa nos julgamentos constitucionais (*constitutional adjudications*).

Se começarmos a espiolhar muito o instituto do devido processo legal, que hoje se acha formalmente inserto em nossa Constituição Federal (art. 5º, inciso LIV), veremos que ele remonta a mais de cinco séculos antes da era cristã. Na “Antígona” de Sófocles, peça estreada em Atenas, presumidamente no ano de 441 A.C., já se invocavam determinados princípios morais e religiosos, não-escritos, que podiam ser opostos à tirania das leis escritas.

Édipo – vou apenas recordar –, quando descobriu que seus quatro filhos eram filhos dele com sua própria mãe, num gesto de autopunição, vazou seus olhos e passou a vaguar pela Grécia, guiado pela filha Antígona. Com sua morte, seus dois filhos, vale dizer, irmãos de Antígona, passaram a disputar o poder político em Tebas. Numa batalha, um irmão matou o outro, e um tio deles, Creonte, assumiu o governo. O primeiro decreto de Creonte foi proibir que se desse sepultura a um dos irmãos mortos, Polínicos, considerado traidor da pátria. A pena pela desobediência seria a morte do infrator. Antígona, então, após invocar as leis não-escritas, que se perdiam na perspectiva dos tempos, retrucou que acima das leis do Estado, das leis escritas, existiam as leis não-

escritas, de cunho universal, que deviam prevalecer sobre as leis escritas, pois se calcavam na natureza do homem.

Pois bem, essa revolta de Antígona é apontada como sendo o germe do Direito natural, do qual o direito de resistência seria uma variante.

Alguns anos depois, Aristóteles (384-322 A.C.), na Arte Retórica, ao falar sobre justiça e equidade, invoca essa passagem de Antígona. Séculos depois, Cícero (106-43 A.C.), imbuído do pensamento estoico, busca mostrar que o direito não era só fruto de convenções dos homens, mas estava sobretudo na natureza das coisas.

A idéia do Direito natural foi a base do pensamento de dois autores ingleses: o juiz Sir Edward Coke (1552-1634) e o filósofo John Locke (1632-1704) – o precursor do liberalismo – cujas obras repercutiram na Declaração da Independência americana e na Constituição de Filadélfia, de 1787. É que muitos revolucionários e constituintes americanos estudaram na Inglaterra e tinham, como seus livros de cabeceira, as obras dos dois autores.

A Constituição brasileira, no título referente aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, dispõe no inciso LIV do art. 5º que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Essa cláusula constitucional nos veio diretamente de duas Emendas à Constituição Federal norte-americana, as quais, ainda no dizer de Karl Loewenstein (ob. cit., p. 510 e seg.), são “o fundamento sobre o qual todos os outros direitos de liberdade repousam”.

A primeira Emenda, de número V, faz parte do denominado *Bill of Rights*. A segunda, de número XIV, foi elaborada especificamente para os Estados-membros.

Diz a Emenda V (parte): “... (ninguém) será compelido em nenhum processo penal a ser testemunha contra si próprio, ou ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal”.

A Emenda XIV, por sua vez, fala em sua Seção 1: “... Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal.”

Tem-se evitado definir o *due process of law*.

Thomas Cooley (*The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, 4. ed., Boston: Little Brown, and Co. 1931, p. 279) procurou nos 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 seus pertences o que bem entender, desde que seu uso e ações não sejam lesivos aos outros como um todo”.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Twining v. New Jersey*, mostrou a dificuldade na conceituação da *due process clause*: “Poucas cláusulas do Direito são tão evasivas de compreensão exata como essa... Esta Corte se tem sempre declinado em dar uma definição compreensiva dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo”.

Em *Holden v. Hardy*, a Suprema Corte enfatizou: “Este Tribunal jamais tentou definir com precisão as palavras *due process of law* (...), basta dizer que existem certos princípios imutáveis de justiça, aos quais é inerente a própria idéia de governo livre, o qual nenhum membro da União pode desconhecer.”

O grande juiz Felix Frankfurter, em *Solesbee v. Balkcom*, buscou mostrar que o velho instituto é supralegal e está assentado na tradição anglo-americana daquilo que é moral e justo.

Edward Coke, no seu *Segundo Instituto*, ao comentar o capítulo 39 da *Magna Carta Libertatum*, mostra que a expressão *per legem terrae* era equivalente ao *due process of law*. Diz o capítulo 39 que “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”. Na *Petition of Right* (Carlos I – 1628), fala-se expressamente em *law of the land* ou em *due process of law* (cf. Cooley, ob. cit., p. 6). Tal dispositivo foi influir na elaboração de cartas coloniais e declarações de direitos de Estados norte-americanos, que precederam à Constituição da União, de 1787, como a *Declarations of Rights made by the good people of Virginia*, as Declarações de Delaware e Maryland.

A vigente Constituição brasileira, como já se falou, expressamente consagrou a cláusula constitucional anglo-americana no inciso LIV do art. 5º: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

À evidência, muitos outros dispositivos constitucionais brasileiros consagram as ramificações do devido processo legal. A maioria se acha esparrramada pelo art. 5º. Assim, o direito de ação (XXXV), o direito de propriedade (XXII, XXVII, XXVIII), o direito de herança (XXX), o direito adquirido (XXXVI), direito ao juiz natural (inc. XXXVII), vedação de utilização de provas ilícitas (LVI), direito ao sigilo de correspondência (XII), inviolabilidade da casa (XI), vedação de prisão, salvo em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade judicial (VXI) etc. Fora do art. 5º, podemos lembrar a publicidade de audiência judicial e a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX), julgamento penal em tempo razoável (Pacto de S. José da Costa Rica, via art. 5º, § 2º, da CF) e assim por diante.

Aos poucos, a jurisprudência norte-americana, ao lado do *procedural due process*, isto é, aquele concernente à proteção processual da vida, liberda-

de e propriedade, evoluiu para o denominado *substantive due process of law*. No meado do século passado, já se tem registro da aplicação pelas supremas cortes estaduais do *substantive due process*. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, essa adoção se deu sobretudo por pressão da *American Bar Association* no final do século passado (cf. Michael Parenti, *Democracy for the Few*, 4. ed., New York: St. Martin's Press, 1983, p. 308). Passou-se, assim, a proteger o cidadão no aspecto material, impedindo que o Congresso ou os legislativos estaduais elaborassem leis, embora formalmente constitucionais, mas que, materialmente, estivessem despidas de “razoabilidade” (*reasonableness*). Todavia, no primeiro século da vida da Suprema Corte, numa ótica puramente individualista, descompromissada com o progresso social, a proteção interpretativa foi feita mais em favor do economicamente forte. Assim, no famoso caso *Child Labor (Hammer v. Dagenhart – 1918)*, a Suprema Corte dos Estados Unidos teve por inconstitucional uma lei do Congresso que, para dificultar a exploração da mão de obra de menores de tenra idade, proibiu o comércio interestadual dos produtos assim manufaturados. A Corte, invocando o *substantive due process clause*, decretou a inconstitucionalidade da lei federal, sob o argumento de que ela usurparva a competência legislativa estadual, garantida expressamente pela Emenda X. Mas, com a implantação do *New Deal*, do Presidente Roosevelt, a Suprema Corte acertou o passo e passou a fazer *constructions* que ensejavam o fortalecimento dos poderes federais.

O Justice John Harlan, no caso *Poe v. Ullman* (1961), procurou mostrar que a cláusula do *due process*, caso fosse tomada só como garantia processual, seria ineficaz na defesa contra as leis que pusessem em risco a vida, a liberdade e a propriedade do indivíduo. Enfatizou ele: “Assim, as garantias do devido processo, embora tendo suas raízes no *per legem terrae* da Magna Carta e consideradas como salvaguardas processuais contra a usurpação e tirania do executivo, também se transformaram neste país numa (verdadeira) barreira contra a legislação arbitrária”.

A título de exemplificação de *substantive due process*, trago um caso do STF, a ADIn n. 1.148-8-AM, em que foi relator o Min. Celso de Mello.

O § 2º do art. 9º da lei amazonense n. 1.897/89 estendeu ao aposentado um terço da remuneração de férias do pessoal da ativa. Em seu voto, o relator sublinhou:

“A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra **qualquer** modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, **destituída do necessário coeficiente de razoabilidade**.

“Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e

irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal”.

Quando integrante da 6ª Turma do STJ, assim ementei o RMS n. 2.341-2-RS, julgado em 14/11/94:

“Constitucional e Administrativo. Concurso público. Arquiteto. Limite de idade. Limitação por lei ordinária estadual. Inexistência de razoabilidade no caso concreto. Afronta à Constituição Federal (art. 7º, XXX, e 37, I). Precedentes do STJ. Recurso ordinário conhecido e provido.

I – A impetrante, por ter 44 anos de idade, foi impedida de inscrever-se em concurso público para o cargo de arquiteto: a Lei Estadual n. 7.357/80 fixou como limite máximo a idade de 40 anos.

II – À evidência, cabe à lei ordinária fixar, em princípio, os limites – mínimo e máximo – para a inscrição em cargo público. Essa limitação etária, todavia, deve se lastrear numa certa razoabilidade de acordo com a exigência do serviço, sob pena de resvalar para um autêntico *abusus legis*, configurando discriminação pela idade, o que é defeso pela Constituição Federal (art. 7º, XXX, e 37, I). No caso concreto, o cargo de arquiteto não exige grande esforço físico de seu ocupante. Precedentes do STJ.

III – Recurso ordinário conhecido e provido.”

Temos no STJ inúmeros casos onde se invoca a cláusula do devido processo legal.

No RHC n. 4.941-SP, em que figuro como relator designado, julgado em 17/10/95, a 6ª Turma teve por violado o devido processo no caso em que o juiz da pronúncia, no lugar de deixar para os jurados um “juízo de suspeita”, acabou por deixar um “juízo de certeza”. A ementa ficou assim:

“Processual Penal. *Habeas corpus*. Homicídio. Pronúncia. Nulidade, uma vez que o juiz pronunciante, ao invés de deixar um “juízo de suspeita” para os jurados, acabou por levar um autêntico “juízo de certeza”. Contaminação da cláusula do devido processo legal. Recurso provido.”

No RHC n. 4.553-PB, a 6ª Turma teve por não violado o princípio do juiz natural por uma resolução do TJPB, que deslocou o juiz de um processo criminal para o serviço eleitoral. A sentença condenatória foi, mais tarde, proferida pelo juiz substituto:

“Processual Penal. Crime afiançável (fraude para recebimento de indenização ou seguro). *Habeas corpus*. Juiz do processo afastado para atender a serviço eleitoral. Sentença proferida por substituto. Validade. Inexistência de violação do princípio do juiz natural ou da cláusula do *due process of law*: substituição formalmente feita e nos termos da lei. Réu que se defende solto tem direito a continuar em liberdade, salvo se o juiz, na sentença condenatória,

mostrar a necessidade de sua prisão. Não se pode invocar o inciso IV do art. 324 do CPP (quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva) para negar fiança a quem se defendeu solto. Recurso provido para que o juiz sentenciante arbitre a fiança” (julgamento em 18/12/95).

No RHC n. 990-RJ, entendeu-se por violadora do devido processo citação editalícia de réu penal com endereço certo nos autos. A decisão, de 18/12/92, ficou assim cristalizada:

“Constitucional e Processual Penal. Citação editalícia sem esgotamento prévio de dados existentes nos próprios autos para citação *in faciem* do réu. Violação do *due process* (Constituição, art. 5º, LIV; CPP, art. 564, III, e). Processo anulado a partir da citação edital. Recurso provido.

A 4ª Turma (Min. Sálvio de Figueiredo – REsp n. 2.835-RS) entendeu que a falta de oitiva do Ministério Público em separação consensual fere a cláusula do *due process*:

“Processo civil. Ministério Público. CPC, art. 1.112, § 1º. Subversão do procedimento. Ofensa ao devido processo legal. Nulidade. Recurso provido.

– O processo, como instrumento da jurisdição, orienta-se sobretudo por princípios, dentre os quais os da finalidade e da ausência de prejuízo. Em nome da segurança jurídica, porém, o princípio maior do *due process of law* reclama observância do procedimento regulado em lei, não sendo dado ao Judiciário tomar liberdades com ele inadmissíveis.

– Subverte o sistema processual e sujeita-se à invalidade o procedimento judicial que não enseja ao *parquet* manifestar-se no momento previsto no § 1º do art. 1.122 do Código de Processo Civil, especialmente quando há interesses de incapazes” (julgado em 4/9/90).

A mesma 4ª Turma, no REsp. n. 16.125-0-SP, considerou afrontada a cláusula constitucional por citação de pessoa jurídica na pessoa de seu preposto, sem poderes específicos. O Min. Athos Gusmão Carneiro assim lavrou a ementa:

“Citação. Pessoa jurídica. Citação feita na pessoa de preposto, sem poderes para representar sociedade. Art. 215 e 721, I, do CPC. Embargos à execução.

O *due process of law* tem como um de seus principais fundamentos a regularidade da citação. Efetuada esta na pessoa do empregado, sem poderes para representar a empresa citanda, que não compareceu ao processo, e, não comprovado outrossim de modo inequívoco a ciência da demanda pela ora embargante e recorrente, impõe-se decretar a procedência dos embargos à execução e a nulidade do processo de conhecimento” (julgamento em 16/2/93).

A 6ª Turma teve por arrostado o devido processo no caso em que o juiz, em ação acidentária, depois de ter recebido formalmente a apelação só no efeito devolutivo, voltou atrás, alegando que o STF, na ADIn. n. 675/DF, havia suspenso a eficácia do art. 130 da Lei n. 8.213/91 (REsp. n. 55.551-5-SP).

No RHC n. 3.452-0-DF, a 6ª Turma teve por arranhado o devido processo, na modalidade de ampla defesa:

“Processo Penal. Réu de bons antecedentes e primário que não foi pessoalmente intimado da sentença condenatória por erro do cartório. Advogado constituído intimado. Insuficiência para caracterizar o trânsito em julgado, diante dos princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa, consagrados expressamente pela nova ordem constitucional. Violação da cláusula do *due process of law*. Inteligência do inciso II do art. 392 do CPP. Anulação do processo para que o paciente seja intimado pessoalmente e possa exercer seu direito de recorrer, independentemente do entendimento contrário do advogado constituído. Ampla defesa é mais do que a defesa técnica. Compreende também a autodefesa” (Rel. Min. Adhemar Maciel, julgamento em 6/6/95).

Também se considerou atentatória do devido processo, anulando-se a citação editalícia, diligência citatória feita por delegado de polícia, e não por oficial de justiça (HC n. 4.394-GO).

No HC n. 4.163-RJ, julgado em 4/6/96, a 6ª Turma, por maioria, anulou processo por contaminação da prova (única): a Receita Federal e a Polícia Federal, em operação conjunta, invadiram, sem mandado judicial, escritório de contabilidade e apreenderam livros contábeis irregulares. Houve violação do devido processo:

“Processo Penal. *Habeas corpus*. Operação conjunta: Polícia Federal e Receita Federal. Apreensão de documentos em escritório. Ausência de autorização judicial. Violação da cláusula do devido processo legal. Precedentes (HC n. 3.912/RJ, rel. Min. William Patterson). Ordem concedida (Rel. Min. Adhemar Maciel).

Não quero mais alongar-me sobre o tema, não obstante sua importância e atualidade. Meu objetivo foi tão-somente o de dar uma noção rápida sobre o devido processo legal, suas raízes históricas e sua invocação em nosso dia-a-dia forense.