

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

ALEXANDRE MARIOTTI

Porto Alegre
2008

ALEXANDRE MARIOTTI

PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Bergmann Ávila

Porto Alegre

2008

AGRADECIMENTOS

Ao meu Orientador, Prof. Dr. Humberto Bergmann Ávila, que pegou o trem andando e o conduziu com segurança à estação.

Aos amigos-irmãos Cesar e Pedro Henrique e aos irmãos-amigos Eduardo e Juliana. Eles sabem por quê.

À Roberta, por compreender a dedicação requerida pela elaboração de uma tese e pela minuciosa revisão final.

A todos aqueles que, pelo incentivo e pela confiança, me impediram de desistir.

*“A raposa conhece muitas coisas, mas o ouriço
conhece uma única grande coisa”.*

Arquíloco

RESUMO

Este trabalho busca uma melhor compreensão do princípio do devido processo legal, positivado pelo art. 5º, LIV, da CRFB. A maior parte da literatura jurídica nacional que o aborda concentra seus esforços em proclamar a importância do princípio ou em buscar explicá-lo com base no seu desenvolvimento no direito constitucional norte-americano. Parece-nos, entretanto, que uma compreensão constitucionalmente adequada do princípio exige uma abordagem diversa, coincidente com a usual apenas no primeiro passo, que é a apreensão de seu funcionamento no ambiente jurídico de origem. Em não se tratando de um trabalho de direito comparado, outros passos devem se seguir. Assim, sua continuação consiste na pesquisa dos antecedentes doutrinários que conduziram ao transplante do *due process of law* para o direito constitucional brasileiro. Depois, é necessário situá-lo no contexto da Constituição analítica de um Estado que se vincula à família do direito romano-germânico. E, por fim, verificar como o princípio tem sido aplicado na prática jurídica, particularmente pelo STF, tribunal que dá a última palavra em matéria de interpretação constitucional.

Palavras-chave: Devido processo legal. Princípios. Direito constitucional. Interpretação constitucional.

ABSTRACT

This thesis aims to reach a better understanding of the due process of law principle established in the Brazilian Federal Constitution, art. 5^o, LIV. Most of Brazilian juridical literature on the theme concentrates its efforts on proclaiming the importance of the principle or in trying to provide an explanation on the basis of North-American constitutional experience. But we don't think any of these approaches are able to provide a constitutionally sound understanding of the principle. We propose a different approach, that also starts by investigating the North-American constitutional experience but goes further. It continues by researching the Brazilian juridical literature that dealt with due process of law before the framing of the Brazilian Federal Constitution. Next step is to set up the principle in the body of the analytical Constitution of a State which follows the Roman-Germanic law tradition. Last, but not least, the study examines the way due process of law has been used in juridical practice. We draw particular attention to Brazilian Supreme Court's decisions on that matter, because they state the last and highest constitutional interpretation.

Keywords: Due process of law. Principles. Constitutional law. Constitutional interpretation.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC	-	Ação cautelar.
AgR	-	Agravo regimental.
AI	-	Agravo de instrumento.
ADI	-	Ação direta de inconstitucionalidade.
Art.	-	Artigo.
CADE	-	Conselho Administrativo de Defesa Econômica.
CPC	-	Código de Processo Civil
CRFB	-	Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988.
CRI	-	Costituzione della Repubblica Italiana.
CRP	-	Constituição da República Portuguesa.
CTN	-	Código Tributário Nacional
DJU	-	Diário de Justiça da União.
ED	-	Embargos de declaração.
EREsp	-	Embargos de divergência em recurso especial.
HC	-	<i>Habeas corpus</i> .
IF	-	Intervenção federal.
J. em	-	Julgado em.
LICC	-	Lei de Introdução ao Código Civil.
MC	-	Medida cautelar.
Min.	-	Ministro.
MS	-	Mandado de segurança.
Pet	-	Petição.
QO	-	Questão de ordem.
RE	-	Recurso extraordinário.
REsp	-	Recurso especial.
RHC	-	Recurso em <i>habeas corpus</i> .
RMS	-	Recurso ordinário em mandado de segurança.
STF	-	Supremo Tribunal Federal.
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça.
TCU	-	Tribunal de Contas da União.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 PRÉ-HISTÓRIA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	14
1.1 A GARANTIA DO DUE PROCESS OF LAW NO DIREITO NORTE-AMERICANO	14
1.2 AS GARANTIAS DO PROCESSO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	25
2 DEVIDO PROCESSO LEGAL: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL	35
2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO NORMA CONSTITUCIONAL.....	36
2.1.1 Inserção sistemática	36
2.1.2 Direito ou garantia fundamental?	42
2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PRINCÍPIO	49
2.2.1 Princípios e regras	50
2.2.2 Eficácia dos princípios	56
3 DIMENSÕES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	62
3.1 DIMENSÃO SUBSTANTIVA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE	66
3.1.1 Razoabilidade	70
3.1.2 Proporcionalidade	74
3.1.3 Análise da jurisprudência.....	80
3.2 DIMENSÃO PROCEDIMENTAL, CONTADITÓRIO E AMPLA DEFESA	88
3.2.1 Devido processo e legalidade	89
3.2.2 Devido processo, contraditório e ampla defesa.....	94
3.2.3 Devido processo e inafastabilidade do controle jurisdicional	108
CONCLUSÃO	116
REFERÊNCIAS	123

INTRODUÇÃO

Este é um estudo do direito constitucional brasileiro, que busca uma melhor compreensão do princípio do devido processo legal, positivado pelo art. 5º, LIV, da CRFB, e de sua aplicação no processo administrativo. Essa singela - e sincera - declaração de intenções contém uma tomada de posição no sentido de que o estudo, apesar de começar pelo direito norte-americano, se desenvolve e termina no direito constitucional brasileiro - que, por surpreendente que possa parecer em face de determinados escritos, não iniciou em 05 de outubro de 1988, nem pode ser deduzido inteiramente de um punhado de princípios dedutíveis do texto constitucional promulgado naquela data.

Preocupa-nos o deslumbramento de parte da doutrina com os princípios, exemplificada, no caso do devido processo legal, pela afirmação de Nelson Nery Junior:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa.¹

Essa passagem é uma típica manifestação da “euforia do que convencionou-se chamar *Estado Principiológico*” a que se refere Humberto Ávila², que, em atribuindo superpoderes à fórmula constitucional, minimiza a necessidade, óbvia

¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: RT, 2002, p. 32. Profissão de fé semelhante se repete na página 42 e é transcrita com aprovação em: CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 131, p. 58-82, jan. 2006, p. 73-74, e em: MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O processo justo na Constituição Federal de 1988. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 91, p. 215-260, set. 2003, p. 223, entre outros.

² **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 23.

desde a obra clássica de Ferdinand Lassalle³ e particularmente aguda no direito brasileiro, de apontar os caminhos a serem seguidos para garantir a sua efetividade.

Por outro lado, muitos estudos que vão além do puro encantamento com o texto do art. 5º, LIV, da CRFB, empregam mais tempo e energia com a descrição da trajetória do *due process of law* no direito norte-americano (tarefa que, por certo, tem os seus méritos) do que com a contextualização do devido processo legal no direito constitucional brasileiro, freqüentemente descurando das profundas diferenças entre os dois sistemas jurídicos⁴ e quase nunca atentando para o não menos profundo contraste sócio-cultural entre os dois países.

O transplante do conceito de seu ambiente original para outro diferente é tratado com uma despreocupação surpreendente, que torna obrigatório lembrar que o que lança raízes e viceja em um determinado ambiente cultural pode estiolar e morrer em outro.⁵ Mesmo que o pior não aconteça, é evidente que um pouco mais de atenção para com as características do novo ambiente pode contribuir para uma melhor aclimatação, ou seja, talvez uma maior atenção ao direito constitucional brasileiro possa revelar qual o manejo mais adequado para a integração dessa espécie exótica à flora nativa.

A metáfora é útil também por chamar a atenção para o fato de que o devido processo legal não está sendo introduzido em um terreno vazio, mas dentro de uma cultura jurídica que, inserida na tradição do direito continental europeu, com quem sempre manteve contato, também se mostrou permeável a institutos do direito anglo-saxão, tendo desenvolvido ao longo do tempo suas próprias soluções para a

³ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Não se ignora que o conceito de Constituição deste autor é antes sociológico que jurídico (SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22-26), mas a referência se presta a salientar a necessidade de buscar, justamente, uma eficácia das normas constitucionais que vá além da mera aptidão formal para produzir efeitos jurídicos, ou seja: "Não mais a eficácia jurídica, como possibilidade de aplicação da norma, mas a eficácia social, os mecanismos para sua real aplicação, para sua **efetividade**" (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 76. Grifado no original). Em termos mais precisos, trata-se de seguir a lição de Konrad Hesse, para quem "o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional" (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 27).

⁴ A começar pelo fato de pertencerem a diferentes "famílias de direito", conforme a consagrada expressão de René David: o sistema jurídico norte-americano pertence à família da *common law*, enquanto o brasileiro à família romano-germânica (DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 16-20).

⁵ *For what takes root and flourishes in one cultural environment in another may wither and die* (GALLIGAN, D. J. **Due Process and Fair Procedures – A Study of Administrative Procedures**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 23).

garantia dos direitos de seus integrantes. Nem tudo são transplantes e, mesmo nesses casos, as peculiaridades do contexto brasileiro se fizeram sentir.

Um exemplo bastante conhecido é o da “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, através da qual um instituto jurídico que em sua origem anglo-saxônica se restringia à proteção da liberdade física (na forma como definido pelo *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679) e que assim foi introduzido no direito brasileiro pelo Decreto de 23.05.1821⁶ passou a ser entendido, a partir da formulação que lhe foi conferida pelo § 22 do art. 72 da Constituição de 1891 (“Dar-se-ha o *habeas corpus* sempre que o individuo soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia, ou coacção, por ilegalidade, ou abuso de poder”), como remédio processual para “todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício pela intervenção de um abuso de poder ou de uma ilegalidade”.⁷

De fato, a “era dos direitos”⁸ se fez sentir também entre nós e gerou frutos nativos, que não devem ser desprezados em nome do entusiasmo - muitas vezes difícil de entender, porque pouco justificado - que a experiência norte-americana do *due process* possa despertar. Aliás, em termos de devido processo e procedimentos adequados, a doutrina do *procedural due process* é apenas uma de várias experiências igualmente valiosas que se colhem no direito comparado,⁹ uma vez que os papéis cumpridos nos Estados Unidos pelo *substantive due process* são desempenhados em outros ordenamentos jurídicos por outros mecanismos: no que respeita à incorporação de valores não expressamente protegidos pela Constituição, basta citar o “princípio do Estado de Direito” da Lei Fundamental alemã¹⁰ - aliás, também presente na CRFB, logo no seu art. 1º (“A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito”). E quanto à limitação do poder legislativo, muito antes de 1988 San Tiago Dantas e Francisco Campos já

⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 108.

⁷ BARBOSA, Ruy. **República: teoria e prática**. Petrópolis: Vozes, 1978, p. 173. Ver também SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 447.

⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁹ Veja-se, a propósito, GALLIGAN, 2004, p. 165-224.

¹⁰ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 158-159; HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais** – Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 175-235.

propunham, com excelentes argumentos, que o princípio da igualdade poderia cumprir essa função no direito brasileiro.¹¹

Saliente-se que essas considerações não pretendem sugerir a inutilidade, para o direito pátrio, do devido processo legal e da doutrina norte-americana que o inspira. Para além do fato incontornável do devido processo legal estar expresso na CRFB, obrigando o jurista, gostando ou não, a levá-lo em conta, cumpre reconhecer que a questão das garantias processuais dos direitos até certo ponto - e apenas até certo ponto - transcende as diferenças de contexto. Os problemas confrontados nos diferentes sistemas jurídicos são substancialmente os mesmos e as tradições jurídicas ocidentais, conquanto distintas, partilham um patrimônio comum de valores, idéias políticas e morais.¹²

De outra parte, não se pode desconhecer que o diálogo sempre existente entre as diferentes tradições intensificou-se nas últimas décadas, por conta das facilidades propiciadas pela tecnologia de comunicações e por influência da chamada globalização¹³. Assinala Michele Taruffo:

Também na cultura jurídica a superação das fronteiras nacionais (ou nacionalísticas) já é fenômeno inevitável, além de oportuno, e estreitamente conexo com a difusão e a circulação de temas de ordem geral, como as garantias constitucionais, os direitos humanos, o justo processo, a efetividade da tutela, e assim por diante.¹⁴

Assim, convém ao legislador e ao jurista manterem-se atentos à “circulação ilimitada das idéias, que agora está *in re ipsa* na dimensão globalizada do mundo”¹⁵, para colher subsídios que possam ser aproveitados na solução das versões locais

¹¹ Conforme se verá adiante, na parte 1, subparte 1.2 “As garantias do processo e o devido processo legal no direito constitucional brasileiro”.

¹² GALLIGAN, 2004, p. 165. Veja-se também CAPPELLETTI, Mauro. La actividad y los poderes de juez constitucional em relación con su fin generico (naturaleza tendencialmente discrecional de la providencia de actuación de la norma constitucional). **Proceso, Ideologias, Sociedad**. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974a, p. 365-452.

¹³ Sobre a significação que se deve atribuir a esse controvertido termo, veja-se BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 63-70.

¹⁴ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 110, p. 141-158, abr./jun. 2003, p. 155. Em sentido semelhante, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira se refere a uma “multinacional do processo, em face da unidade de aspirações sobre o que deve ser o processo e dos princípios fundamentais que o governam” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 76).

¹⁵ TARUFFO, *op. cit.*, p. 155.

dos problemas comuns aos ordenamentos jurídicos contemporâneos - ou, mesmo, na solução de problemas peculiares a cada ordenamento. Afinal, como espirituosamente anota Martin Shapiro, “o método comparativo constitui um substituto do experimental [...], tornado necessário pela impossibilidade de se introduzir leis e nações em provetas e alambiques”.¹⁶

Então, a compreensão do devido processo legal no contexto do direito constitucional brasileiro não pode prescindir da pré-compreensão¹⁷ que somente um exame do *due process of law* do direito norte-americano pode propiciar. Esse exame, todavia, será reduzido ao mínimo indispensável para que se possa seguir adiante, com algum destaque para a distinção entre *procedural due process* e *substantive due process* - que se justifica em razão de que essa distinção vem encontrando guarida tanto na doutrina como na jurisprudência pátrias¹⁸. A seguir, proceder-se-á a um breve histórico das garantias processuais nas Constituições brasileiras anteriores à CRFB, salientando as opiniões sobre o acolhimento ou não do *due process of law* de forma implícita, em qualquer de suas variantes. Também aqui não se irá além do estritamente necessário para estabelecer os antecedentes normativos e doutrinários do art. 5º, LIV.

Posto isso, estarão lançadas as bases para avançar na compreensão das potencialidades, mas também dos limites, do devido processo legal, no contexto do ordenamento constitucional brasileiro, tarefa de contextualização que constitui o cerne deste estudo. Contrariando a doutrina que atribui ao princípio em si mesmo virtualidades redentoras,¹⁹ a orientação seguida é de encontrar o seu lugar entre as demais garantias constitucionais do processo, nunca esquecendo a conhecida advertência de Eros Roberto Grau - particularmente apropriada no que tange ao direito constitucional - de que não se interpreta o direito em tiras.²⁰ Já se mencionou

¹⁶ SHAPIRO, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 20, nota 15.

¹⁷ Sobre pré-compreensão, ver GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 400-458, e LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1997, p. 285-293. Na doutrina nacional, GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 108-113, faz um bom resumo.

¹⁸ Veja-se, por exemplo, STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1.511-7-DF, relator o Min. Carlos Velloso, j. em 19.10.1996, DJU de 06.06.2003, onde a recepção das duas facetas do *due process of law* é explicitamente afirmada pelo relator.

¹⁹ “Através da cláusula do devido processo é possível ao Judiciário realizar, por completo, o sonho dos inconfidentes mineiros: *libertas quae sera tamen* (liberdade ainda que tardia)” (SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 701).

²⁰ GRAU, 2005, p. 40.

que o devido processo legal não foi transplantado para um terreno vazio e o espaço que ele pode ocupar depende em boa parte, pois, das outras espécies com as quais convive. Trata-se de melhor definir o que a explicitação do devido processo legal pela CRFB efetivamente tem acrescentado - e ainda pode acrescentar - ao sistema constitucional de direitos fundamentais.

Para isso, não cabem grandes vôos de imaginação, mas um paciente exame de como o princípio tem sido aplicado na prática jurídica. Por essa ótica pragmática, pode-se dizer, parafraseando um ilustre membro da Corte norte-americana²¹, que o devido processo legal é aquilo que os juízes dizem que ele é. Então, a par da CRFB e da doutrina que busca interpretá-la, a jurisprudência brasileira será objeto privilegiado de pesquisa e análise, exatamente por permitir uma visão da aplicação prática do princípio. E dentro da jurisprudência brasileira, analisar-se-ão preferencialmente - para não dizer quase que exclusivamente - decisões do STF, basicamente por se tratar do Tribunal que, em nosso ordenamento jurídico, à semelhança da Suprema Corte na qual foi inspirado, dá a última palavra sobre a interpretação constitucional.

Esta análise terá de ser ao mesmo tempo indutiva, recolhendo, contextualizando e sintetizando os pontos de vista manifestados nos julgamentos e nas obras doutrinárias, e crítica, aproveitando o prévio esforço de contextualização do devido processo legal no âmbito do direito constitucional brasileiro. Longe de querer elaborar uma “teoria geral” ou de esgotar o assunto, pretendemos apenas contribuir para que se alcance uma melhor compreensão do que é o devido processo legal na CRFB e de como ele vem sendo aplicado na prática. Só então caberá indagar sobre a medida em que o devido processo legal tem colaborado - ou pode ainda vir a colaborar - para “um grande avanço na proteção das liberdades públicas”²². Essa empreitada, que ora inicia, se nos afigura árdua, porém mais digna do esforço do estudioso do direito constitucional do que a simples exaltação retórica do princípio.

²¹ A referência é ao *Chief-Justice* Hughes, a quem é atribuída a frase famosa: “Vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que ela é [...]” (CORWIN, Edward S. **A constituição norte-americana e seu significado atual**. Trad. de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, [1950?], p. 6).

²² CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 406-8 e 423.

1 PRÉ-HISTÓRIA DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Dentro do roteiro esboçado na Introdução, por “pré-história” se quer designar os antecedentes de direito comparado e de doutrina nacional que precederam a positivação do princípio do devido processo legal pelo Constituinte de 1988.

Começaremos pelo direito norte-americano, uma vez que não resta a menor dúvida de que a nossa pré-compreensão do devido processo legal deriva daquele ordenamento jurídico.²³ A doutrina nacional²⁴ que versou sobre devido processo legal antes de 1988 se inspirou declaradamente na doutrina norte-americana sobre a *due process of law clause*, quer para recomendar a sua transposição para o direito brasileiro, quer para traçar paralelos entre aquele instituto jurídico e institutos jurídicos brasileiros que poderiam desempenhar funções semelhantes.

Em seqüência, proceder-se-á a um sucinto exame do histórico das garantias processuais no direito constitucional brasileiro anterior à CRFB e da doutrina que estabeleceu paralelos entre essas garantias e o *due process of law*. Aqui ainda se busca uma pré-compreensão, mas em um estágio mais avançado, que contempla as soluções próprias do nosso ordenamento jurídico e as comparações estabelecidas com a garantia norte-americana, delineando a trajetória doutrinária que culminou com a inscrição de uma sua versão brasileira na CRFB.

1.1 A GARANTIA DO *DUE PROCESS OF LAW* NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Historicamente, além de ter sua aplicação limitada à jurisdição, o *due process of law* era tido como se referindo somente ao aspecto procedimental. Alexander

²³ Não nos parece necessário, nem sequer útil, para os objetivos desse estudo, regredir historicamente até as origens inglesas da doutrina americana do *due process of law*. Como anota D. J. Galligan, a construção desta doutrina se deu através da interpretação judicial da Quinta e da Décima-Quarta Emendas à Constituição, que aproveitou, em certa medida, subsídios do direito inglês do século XVIII, mas desde há muito assumiu características próprias (GALLIGAN, 2004, p. 187). Sobre essas origens, com ênfase na vertente do *substantive due process*, veja-se MARTEL, Leticia Campos Velho. **Devido processo legal substantivo**: razão abstrata, função e características de aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1-39.

²⁴ Doutrina que será objeto de referência e exame adiante, na subparte 1.2 “As garantias do processo e o devido processo legal no direito constitucional brasileiro”.

Hamilton, em discurso pronunciado perante a Assembléia de New York durante os debates para a aprovação da primeira lei norte-americana a conter essa expressão, assim a definiu: “As palavras ‘*due process*’ têm um significado técnico preciso, e são aplicáveis apenas aos processos e procedimentos das cortes de justiça, elas não podem nunca se referir a um ato do legislativo”²⁵. Coerentemente com essa visão, os primeiros julgamentos da Suprema Corte norte-americana relativos à aplicação da cláusula do devido processo legal, adotaram “um enfoque estritamente processualístico (*procedural due process*), descartando, até mesmo por expresse, as tentativas de se emprestar a essa garantia constitucional um sentido substantivo”²⁶.

O exemplo paradigmático dessa abordagem jurisprudencial é a série de julgamentos denominada *Slaughter-House Cases*, de 1873, onde a Suprema Corte rejeitou a arguição de inconstitucionalidade de uma lei estadual da Louisiana, que atribuía a uma determinada companhia, pelo prazo de vinte e cinco anos, o direito exclusivo de possuir e manter matadouros, currais e abatedouros em New Orleans, Jefferson e St. Bernard.²⁷ Isto é, nesse primeiro momento, *due process of law* referia-se (a) ao processo judicial, (b) sob o aspecto procedimental.

Em relação ao primeiro ponto, atualmente não há dúvida de que a *due process of law clause* não é mais entendida como uma garantia de aplicação restrita ao processo judicial, mas como um mandamento processual em sentido amplo, extensivo a toda forma de intervenção estatal na esfera jurídica privada. Esse é o seu sentido corrente no direito norte-americano.²⁸ Em monografia pioneira sobre as garantias constitucionais do processo, Ada Pellegrini Grinover explica:

As colônias da América do Norte retomam inicialmente o conceito de *law of the land*, no sentido que lhe haviam dado COKE e BLACKSTONE; posteriormente, a expressão *due process of law*, da tradição do direito inglês, passaria para a Constituição, não só como garantia de legalidade, mas ainda como garantia de justiça, vinculante para todos os poderes do Estado.²⁹

²⁵ MARTEL, 2005, p. 52, com reprodução do texto original. Embora salientando que essa não é a única leitura possível das palavras de Hamilton, a autora reconhece como a mais óbvia (*Ibid.*, p. 53-55). René David vai mais longe: “A fórmula em questão não tinha, sem dúvida, no espírito de seus redatores, nenhuma significação particular; significava simplesmente que a privação da liberdade ou a expropriação devia ser, segundo o direito, regular” (DAVID, 1986, p. 399).

²⁶ CASTRO, 2005, p. 41-42

²⁷ *Ibid.*, p. 42-43. Para maiores detalhes sobre os julgamentos, ver MARTEL, 2005, p. 139-144.

²⁸ TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 2. ed. Mineola, New York: The Foundation Press, 1988, p. 760-768 e 664.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: RT, 1973, p. 26.

Em trabalho mais recente, Carlos Roberto Siqueira Castro manifesta-se em idêntico sentido: “Concebida, de início, como um requisito de validade da jurisdição penal, estendeu-se, em seguida, à jurisdição civil e, mais recentemente, aos procedimentos administrativos instaurados no âmbito da Administração Pública”.³⁰ E mais:

Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a sociedade e os indivíduos, de outro. Assumiu específica importância na área do poder de polícia, considerado genérica e modernamente como a competência explícita ou implícita dos órgãos estatais para disciplinar o exercício da liberdade individual e a utilização da propriedade em benefício do bem comum, ou seja, de ordenar os direitos privados em harmonia com os superiores interesses coletivos.³¹

Ainda no mesmo sentido, Paulo Fernando Silveira:

A princípio, parecia que cuidava, apenas, de meras garantias processuais asseguradas ao acusado, como o julgamento pelo júri e o igual tratamento processual. Mas mesmo para se obter essas garantias, na essência, estava a limitação do poder governamental, o que só foi percebido com clareza mais tarde. Por isso, depois, com precisão conceitual, o princípio do devido processo legal evoluiu como um precioso instrumental, manejável através do Judiciário, como modo de contenção do poder do chefe de governo, visando evitar o cometimento de arbitrariedades, como retirar de qualquer membro da comunidade seu direito à vida, liberdade ou propriedade. Com o tempo, a cláusula foi estendida e acabou alcançando os departamentos subalternos do governo.³²

Três observações iniciais se impõem: primeira, todos os autores citados concordam que a extensão dos domínios de aplicação da cláusula é relativamente recente, conforme, por todos, Ada Pellegrini Grinover, ao comentar as primeiras decisões da Suprema Corte que deram aplicação extensiva à Décima Quarta Emenda: “a norma não se impôs como garantia de justiça no processo, senão

³⁰ CASTRO, 2005, p. 29 e, mais explicitamente, p. 412.

³¹ *Ibid.*, p. 35-6. Também, mais recentemente BERARDI, Luciana Andréa Accorsi. Interpretação constitucional e o princípio do devido processo legal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 54, p. 210-75, jan/mar 2006, p. 247.

³² SILVEIRA, 2001, p. 235-36.

através da jurisprudência e da doutrina desses últimos decênios”³³; segunda, mesmo no direito norte-americano, nem toda a atividade administrativa do Estado está submetida ao *due process of law*, sendo que a exceção mais importante é o poder regulamentar (*rule-making*) das agências administrativas - é verdade que, em compensação, para o exercício desse poder existe uma moldura legal bem definida a ser observada³⁴; terceira, por inspiradora que seja a doutrina norte-americana sobre *due process of law* (inspiração que leva, por exemplo, Carlos Roberto Siqueira Castro, a se referir à cláusula como “garantia mais abrangente e magnânima”³⁵ e Paulo Fernando Silveira a concluir sua obra com um capítulo intitulado “O fascinante mundo do devido processo”³⁶, convém tomar a sério a advertência de D. J. Galligan - referindo-se à doutrina do *procedural due process* - que, embora seja uma rica e interessante literatura, ela não se desprende facilmente de seu solo nativo para fornecer as sementes de uma compreensão mais geral do tema.³⁷

De outra parte, ao aspecto procedimental veio agregar-se um aspecto material ou substantivo, sedimentado sob a designação de *substantive due process*, inicialmente como *economic substantive due process*³⁸ e mais adiante como *personal substantive due process*³⁹, que encanta a nossa doutrina⁴⁰. Apesar de serem citados alguns precedentes bastante antigos de utilização substantiva da cláusula (como os casos denominados *Ultra Judicial Review*, julgados entre 1790-1868, onde se destaca *Dred Scott v. Stanford*, de 1857, que deu pela inconstitucionalidade de uma lei federal - o *Missouri Compromise Act* - por violar o direito de propriedade de um cidadão sobre seus escravos)⁴¹, essa visão só se tornou sistemática na jurisprudência norte-americana entre o final do século XIX e os

³³ GRINOVER, 1973, p. 28, nota 25.

³⁴ GALLIGAN, 2004, p. 189 e 493-500.

³⁵ CASTRO, 2005, p. 410.

³⁶ SILVEIRA, 2001, p. 695-706.

³⁷ GALLIGAN, *op. cit.*, p. XIX: [...] *although that is a rich and interesting literature, it is not easy loosened from its native soil to provide the seeds for a more general understanding*. E são as palavras de um inglês, a deixar claro que a cláusula não é uma instituição genérica do sistema da *common law*, mas resulta de uma elaboração doutrinária e jurisprudencial tipicamente norte-americana - da qual o mesmo autor oferece um excelente resumo (p. 187-211).

³⁸ Ou *substantive economic due process*, como se vê em: ROTUNDA, Ronald D. **Modern constitutional law**. 6. ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2000, p. 451-470.

³⁹ Conforme MARTEL, 2005, p. 11-287.

⁴⁰ Além dos já citados CASTRO (2005), SILVEIRA (2001) e MARTEL (2005), pode-se citar ainda PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O Princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁴¹ Para maiores detalhes, consulte-se MARTEL, *op. cit.*, p. 73-85

primeiros anos do século XX, com a adesão explícita da Suprema Corte à doutrina do *economic substantive due process*.⁴²

O caso mais famoso dessa primeira fase foi *Lochner v. New York* (1905), que invalidou lei trabalhista de New York que proibira jornada de trabalho superior a 10 horas diárias e 60 horas semanais para os padeiros,⁴³ ilustrando a reação inicial da Suprema Corte contra o alargamento da intervenção econômica do Estado. Seguindo essa linha de confronto, só na década de 1930, a Corte invalidou cerca de 200 textos legislativos da política do *New Deal*,⁴⁴ até que, em 1937, pressionada por um plano de reforma (*Court Packing Plan*)⁴⁵ encaminhado ao Congresso pelo Presidente Roosevelt, alterou seu posicionamento no caso *West Coast Hotel v. Parrish*. Nesse julgamento, a alteração do posicionamento do Justice Roberts (alinhada “*the switch that saved nine*”) fez com que a Suprema Corte, por maioria, contrariasse precedentes anteriores para declarar constitucional uma lei de Washington que previa a instituição de um Comitê com poderes para fixar salários mínimos para mulheres e crianças.⁴⁶

Uma característica importante do *due process of law*, em qualquer de suas versões, é enfatizada na multicitada manifestação do Justice Frankfurter em *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath* (1951) e em *Cafeteria & Restaurant Workers Union v. McElroy* (1961) de que ele, ao contrário de algumas normas legais ou constitucionais, não é entendido como um conceito técnico com um conteúdo fixo invariável, não relacionado ao tempo, ao lugar e às circunstâncias. Não pode, pois, ser aprisionado dentro dos limites traiçoeiros de qualquer fórmula. Ao contrário, a própria natureza do devido processo nega qualquer conceito de procedimentos

⁴² Em uma trajetória não exatamente linear, conforme detalhadamente descrito em MARTEL, 2005, p. 178-189.

⁴³ *Ibid.*, p. 160. Mais um exemplo, como o já referido Caso *Dred Scott*, de que o *substantive due process* não é necessariamente um instrumento de transformação da sociedade.

⁴⁴ CASTRO, 2005, p. 43-5.

⁴⁵ O *Court Packing Plan* previa o aumento do número de integrantes da Suprema Corte de nove para onze. MARTEL, *op. cit.*, p. 182, especialmente nota 334.

⁴⁶ Leticia de Campos Velho Martel, embora saliente que esse julgamento efetivamente representou uma mudança notável na orientação da Suprema Corte, alerta para a existência de circunstâncias que põe em dúvida a exatidão de explicação geralmente aceita, de que a guinada da Corte se deu exclusivamente em razão do *Court Packing Plan* (*Ibid.*, p. 183, nota 337).

inflexíveis universalmente aplicáveis a qualquer situação imaginável.⁴⁷ Comentário semelhante é atribuído ao *Justice Harlan*, em *Griswold v. Connecticut* (1965):

Devido processo não foi reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado por referência a qualquer código. O melhor que se pode dizer é que seguindo o curso das decisões desta Corte, ele tem representado o balanceamento que nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, tem atingido entre essa liberdade e as demandas de uma sociedade organizada.⁴⁸

Ada Pellegrini Grinover reporta-se a Roscoe Pound para dizer que o *due process of law* não é “um conceito abstrato do qual derivem conclusões absolutas, aplicáveis a qualquer tempo, em todo lugar”, configurando-se, ao revés, como “um *standard* que guia o tribunal; e o *standard* há de aplicar-se com vista a circunstâncias especiais de tempo, de lugar e de opinião pública”.⁴⁹ Na mesma linha de pensamento, Antonio Roberto Sampaio Dória cita a manifestação do *Justice Warren* em *Hannah v. Larche* (1960): “*Due process* é um conceito esquivo. Suas exatas fronteiras são indefiníveis e seu conteúdo varia de acordo com específicos contextos fáticos”.⁵⁰ Para além das dificuldades hermenêuticas de aplicação de um conceito extremamente vago, a observação da jurisprudência da Suprema Corte

⁴⁷ Conforme TRIBE, 1988, p. 765: *Yet as Justice Frankfurter noted, due process, “unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, places and circumstances... [It] cannot be imprisoned within the treacherous limits of any formula”. On the contrary, “the very nature of due process negates any concept of inflexible procedures universally applicable to every imaginable situation”.* Essa manifestação é referida, no todo ou em parte, por CASTRO, 2005, p. 48, por DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e o “due process of law”**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 33, por LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 78, e pelo Min. Moreira Alves no voto que proferiu na ADI-MC 223-DF (STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 223-DF, relator para o acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, j. em 05.04.1990) – e a enumeração é meramente exemplificativa. As divergências se limitam à tradução, principalmente do termo *treacherous*, que os dois primeiros traduzem por “traíçoeiros” – que nos parece ser a melhor opção – e os dois últimos, respectivamente, por “incertos” e “inseguros”.

⁴⁸ Conforme CASTRO, op. cit., p. 142: “*Due process*’ has not been reduced to any formula: its content cannot be determined by reference to any code. The best that can be said is that through the course of this Court’s decisions it has represented the balance which our Nation, built upon postulates of respect for the liberty of the individual, has struck between that liberty and the demands of organized society”.

⁴⁹ GRINOVER, 2004, p. 34.

⁵⁰ DÓRIA, 1986, p. 33, nota 61.

também revela falta de interesse em estabelecer uma definição precisa de devido processo legal, que possa posteriormente embaraçar futuras decisões.⁵¹

Em que pese a considerável margem de manobra que assegura à Suprema Corte, inclusive sob o aspecto político, para muitos autores essa indeterminação é justamente o maior atrativo do conceito. Nesse sentido, escreve Siqueira Castro:

Por sua abrangência e indeterminação conceitual, que justamente lhe concede riqueza na manipulação e ilimitadas possibilidades na concreção das normas jurídicas enfeixadas num sistema hierárquico de valores, a garantia do *due process of law* torna-se o derradeiro termômetro da validade dos atos estatais ou, como sugere Mott, *the simplest and most far-reaching of constitutional phrases*.⁵²

Mais adiante, de forma mais ponderada, mas ainda ignorando o componente político, assevera:

É natural que certas cláusulas supralegais, a exemplo dos princípios da igualdade (*equal protection of the laws*) e do devido processo legal (*due process of law*) e assim também o postulado jurídico-diretivo da proporcionalidade, por consubstanciarem conceitos jurídicos indeterminados, mas determináveis pelos sistemas de concreção judicial, apresentem uma acentuada capacidade para com a assimilação de novas realidades e valores civilizatórios em contínuo processo de mudança.⁵³

Na mesma toada, Ada Pellegrini Grinover, depois de observar que a interpretação da cláusula não é uma operação meramente lógica, pois os julgamentos dependem de ideologias que podem não ser comuns, assinala que o *due process of law* “é uma proposição que oferece elementos em branco”, cuja determinação em concreto vai depender do variar das condições histórico-políticas e econômico-sociais vigentes no momento em que aplicada. Por isso, somente “em uma perspectiva histórica é possível individuar o fundamento objetivo da cláusula”.⁵⁴

⁵¹ Como bem observa BERARDI, 2006, p. 240.

⁵² CASTRO, 2005, p. 142-143.

⁵³ *Ibid.*, p. 195-6.

⁵⁴ GRINOVER, 2004, p. 35.

Essa variabilidade se aplica à interpretação das duas etapas lógicas de aplicação da cláusula: primeiro, indagar se a ação estatal afeta uma pessoa na sua vida, liberdade ou propriedade (o chamado *threshold test* ou *threshold requirement*⁵⁵); a seguir, definida a incidência do *due process of law*, passar-se-á ao estabelecimento de quais são as exigências processuais que dele decorrem no caso concreto.

No que tange à primeira etapa, não é suficiente ao interessado, pois, alegar perante o Poder Judiciário que foi prejudicado nos seus direitos por uma ação dos poderes públicos: é necessário demonstrar também que o direito ou direitos alegadamente violados são reconduzíveis à vida, à liberdade ou à propriedade.

Conquanto, à primeira vista, essa limitação impressione, a jurisprudência norte-americana sempre foi capaz de acomodar dentro desses limites uma gama apreciável de direitos protegidos: segundo Laurence Tribe, a *due process clause* tem sido invocada para proteger o direito a uma justa indenização, as liberdades de expressão, imprensa, reunião, petição e de religião da Primeira Emenda, os direitos de não ser submetido a busca e detenção desarrazoadas e de exclusão de provas ilícitas de julgamentos criminais da Quarta Emenda, os direitos de não ser compelido à auto-incriminação e de não ser julgado duas vezes pelo mesmo fato da Quinta Emenda, os direitos a assistência jurídica, a um julgamento público e rápido por um júri, à oportunidade de confrontar testemunhas contrárias e de realização de diligências para obter testemunhas favoráveis da Sexta Emenda e o direito de não sofrer punições cruéis e inusuais da Oitava Emenda.⁵⁶

E mais: como a Suprema Corte adota a chamada *entitlement thesis*, estabelecer ligação do interesse afetado à vida, liberdade ou propriedade, ainda não é suficiente. A parte deve demonstrar possuir um *entitlement* - ou seja, um interesse

⁵⁵ GALLIGAN, 2004, p. 189-190

⁵⁶ TRIBE, 1988, p. 772-3: [...] *due process clause* has been held to protect the right to just compensation; the first amendment freedoms of speech, press, assembly, petition, free exercise of religion, and non establishment of religion; the fourth amendment rights to be free of unreasonable search and seizure and to exclude from criminal trials evidence illegally seized; the fifth amendment rights to be free from compelled self-incrimination and double jeopardy; the sixth amendment rights to counsel, to a speedy and public trial before a jury, to an opportunity to confront opposing witnesses, and to compulsory process for the purpose of obtaining favorable witnesses; and the eighth amendment right to be free of cruel and unusual punishments. Vale referir que esse autor defende uma posição que vai além dessa extensão da *due process clause* reconhecida pelas Cortes: para ele, não apenas o *Bill of Rights* deve ser tido como totalmente protegido (*fully incorporated*) pela cláusula como ainda cogita da possível existência de liberdades substantivas contra ações federais que extrapolam as enumeradas na relação constitucional de direitos (*possible existence of substantive freedoms against federal action beyond those enumerated in the Bill of Rights*). (*Ibid.*, p. 774).

que já tem algum *status* no direito positivo, geralmente na própria Constituição ou na legislação federal ou estadual.

Segundo Maria Rosynete Oliveira Lima, a Suprema Corte tende a um entendimento limitado do alcance substantivo dos bens vida, liberdade e propriedade, inclinando-se a adotar uma “teoria positivista” no tocante aos interesses privados que eles abrangem.⁵⁷ De acordo com essa visão, a existência de uma previsão legal atua como pré-requisito para qualquer incidência do devido processo, ou seja: “Para ser procedimentalmente protegido, um interesse deve basear-se em relações legais substantivas definidas por dispositivos constitucionais explícitos ou por regras de direito específicas, estaduais ou federais”.⁵⁸

Nota Galligan que esse entendimento tende a dificultar a ultrapassagem do *threshold test* para os afetados por decisões tomadas com base em poderes discricionários.⁵⁹ Nesse sentido, em *Board of Regents v. Roth* (1972) a Suprema Corte entendeu que a decisão imotivada de uma universidade estadual de não renovar o contrato de um professor não implicava em dano à sua reputação, pelo que descabia invocar a proteção da *due process clause*. Em seus próprios termos, a Corte não aceitou a tese de que a não renovação do contrato representava uma privação de liberdade para o professor.⁶⁰

Se aceito pela Corte que a ação estatal (a) interfere nos direitos à vida, à liberdade ou à propriedade, e (b) que se trate de um interesse legalmente ou constitucionalmente protegido (*entitlement*), passar-se-á à definição de que processo, nas circunstâncias do caso, é devido. Em matéria criminal, a Constituição norte-americana possui algumas exigências específicas, mas, na generalidade dos casos, cumpre aos Tribunais determinar quais os procedimentos a serem seguidos, tomando por paradigma o processo judicial contencioso.⁶¹ A ótica dos julgadores é questionar quais procedimentos do processo judicial contencioso podem ser dispensados. E, nesse campo, a Suprema Corte tende a não abrir mão da

⁵⁷ LIMA, 1999, p. 99.

⁵⁸ TRIBE, 1988, p. 677: *To be procedimentally protected an interest must be grounded in substantive legal relationships defined by explicit constitutional provisions or by specific state or federal rules of law.*

⁵⁹ GALLIGAN, 2004, p. 210.

⁶⁰ *[I]t stretches the concept too far to suggest that a person is deprived of liberty when he simply is not rehired in one job but remains as free as before to seek another.* TRIBE, *op. cit.*, p. 692.

⁶¹ LIMA, *op. cit.*, p. 100-101. Para que fique claro: trata-se de um *judicial trial* (GALLIGAN, *op. cit.*, p. 190), em um contexto de *adversary process* (TARUFFO, 2003, p. 144), isto é, um processo judicial com contraditório.

prerrogativa de decidir quais as exigências processuais a serem observadas quando está em questão um direito ou interesse protegido pela *due process clause* - e essas exigências variam de caso para caso, conforme o caráter dos riscos de erro envolvidos na decisão e a importância dos interesses substantivos que estão em jogo.⁶²

Para a determinação concreta dessas exigências, freqüentemente a Suprema Corte utiliza o *balancing test* fixado em *Mathews v. Eldridge* (1976). De acordo com essa abordagem cunhada neste precedente, a determinação dos procedimentos necessários à observância do *due process of law* em cada caso envolve o sopesamento de três fatores, na seguinte ordem: primeiro, a importância do interesse privado que será afetado pela ação estatal, cotejado com, segundo, o maior ou menor risco de erro na decisão, decorrente da dispensa ou não de determinados procedimentos; após, terceiro, o interesse do Estado em minimizar os custos e demais encargos decorrentes dos procedimentos adotados.⁶³ Em linhas gerais, o objetivo primário desta abordagem é aplicar adequadamente as normas legais pertinentes ao caso concreto, e o objetivo secundário é atingir essa meta com um mínimo de custos - o que, em tese, parece perfeitamente razoável, mesmo com a ressalva de que esses dois objetivos possam amiúde indicar direções opostas. O verdadeiro problema é que a jurisprudência tem fornecido poucas indicações de **como** esse sopesamento exigido pelo *balancing test* deva ser feito na prática.⁶⁴

Mesmo que não se possa adiantar de antemão quais seriam as exigências do *due process of law* sem a consideração das circunstâncias do caso concreto, é possível ter noção de um conteúdo mínimo, cuja compreensão igualmente variou com o tempo. Em *Goldberg v. Kelly* (1970), a Suprema Corte chegou a ser bastante específica quanto aos requisitos a serem seguidos, na hipótese de se entender incidente a *due process clause*. No caso, que envolvia a interrupção do pagamento de auxílio federal a famílias pobres com crianças, entendeu-se necessária uma audiência prévia à decisão, com os seguintes elementos: ciência aos interessados, audiência dos interessados, um julgador imparcial, audiência de testemunhas e possibilidade de inquiri-las, direito a um advogado, formação de autos e fundamentação da decisão nos elementos que nele constarem, com a apresentação

⁶² TRIBE, 1988, p. 677.

⁶³ LIMA, 1999, p. 103-104.

⁶⁴ GALLIGAN, 2004, p. 209.

de razões.⁶⁵ Essa inusual minudência foi criticada e a Suprema Corte acabou, de certa forma, voltando atrás, na já mencionada decisão de *Mathews v. Eldridge*.⁶⁶

Assim, a jurisprudência norte-americana voltou a honrar sua tradição de manter relativamente indeterminados os requisitos do *procedural due process*. Pode-se ter por certo, porém, que a sua incidência normalmente requer, na síntese de Galligan, *some form of notice and hearing, some opportunity to call and cross-examine witnesses, the giving of reasons*. Mas - prossegue - a verdadeira questão para os tribunais versa sobre o conteúdo específico que esses procedimentos deverão assumir nos casos a serem examinados. Isso, por sua vez, depende do que se concluir em relação à natureza da decisão, à importância dos interesses em debate e aos custos demandados pelos procedimentos⁶⁷ - isto é, em outras palavras, do resultado da aplicação do *balancing test* ao caso concreto.

De forma bastante resumida, assim funciona o *due process of law* em seu ambiente original, o direito norte-americano. Além das enormes variações de compreensão e conteúdo que correspondem a mais de dois séculos de desenvolvimento jurisprudencial do conceito, convém chamar a atenção para três aspectos importantes que essa breve incursão no direito comparado põe em destaque: em primeiro lugar, a tão salientada indeterminação da *due process of law clause* é bastante reduzida, em cada momento histórico, pelas indicações que a Suprema Corte aporta em suas decisões; em segundo lugar, essas mesmas decisões definem uma mecânica bastante específica de aplicação da cláusula - que se desdobra, conforme visto, em duas etapas lógicas bastante circunstanciadas. E, em terceiro lugar, não se deve perder de vista que, por força da regra do *stare decisis* vigente no sistema jurídico norte-americano, tais decisões são vinculantes para as instâncias inferiores, somente podendo ser modificadas pela própria Suprema Corte.⁶⁸

⁶⁵ GALLIGAN, 2004, p. 208. Encontra-se um rol muito semelhante, sob a designação de “elementos essenciais do *due process*”, em LIMA, 1999, p. 101.

⁶⁶ GALLIGAN, *op. cit.*, p. 208-209.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 190-191.

⁶⁸ Ainda que a regra americana do *stare decisis* não tenha o mesmo rigor da regra inglesa (DAVID, 1986, p. 391), é certo que só a Suprema Corte pode alterar seus precedentes.

1.2 AS GARANTIAS DO PROCESSO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Embora a Constituição do Império não tenha explicitado as idéias de devido processo, contraditório ou ampla defesa, no seu texto já se encontram diversas garantias de natureza processual, como a existência de jurados (arts. 151 e 152), a publicidade de todos os atos do processo nas causas criminais após a pronúncia (art. 159), a exigência de “culpa formada” para que alguém pudesse ser preso (ainda que admitidas exceções legais - art. 179, VIII), bem como de ordem escrita da “Autoridade legítima” (art. 179, X). Destaca-se, por essa ótica, a garantia do art. 179, XI: “Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta”. Tratando dessa e de outras garantias do art. 179 como expressões do “direito de segurança”, José Antônio Pimenta Bueno a elogia como “uma das mais valiosas que nossa lei fundamental consagrou em benefício dos direitos brasileiros” e, no que tange à parte final, assinala: “O processo, sua forma e garantias devem também anteceder e não suceder aos fatos, por isso que importam muito à sorte dos indiciados”.⁶⁹

A Constituição de 1891, além de reafirmar as garantias acima mencionadas, avançou significativamente nessa direção ao proclamar, no § 16 do art. 72, que:

Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.

O novel dispositivo mereceu o aplauso de João Barbalho:

⁶⁹ BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 407-408.

O pensamento de facilitar amplamente a defesa dos accusados conforma-se bem com o espírito liberal das disposições constitucionaes relativas à liberdade individual, que vamos commentando. A lei não quer a perdição d'aquelles que a justiça processa; quer só que bem se apure a verdade da accusação e, portanto, todos os meios e expediente de defeza que não impeçam o descobrimento d'ella devem ser permittidos aos accusados.⁷⁰

A Constituição de 1934 manteve a garantia em formulação mais sucinta (art. 113, § 24: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”), abandonada pela Constituição de 1937 que, não obstante, inova ao determinar que “a instrução criminal será contraditória” e assegura “antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa” (art. 122, § 11, *in fine*). Isto é, nem mesmo a mal-afamada “Constituição Polaca” rompeu com a linha evolutiva que pode ser traçada a partir de nossa primeira Constituição, no sentido de incluir garantias processuais entre os direitos fundamentais.

Assim, embora José Frederico Marques afirme que a idéia de um devido processo legal como garantia constitucional do processo foi ventilada entre nós, pela primeira vez, por João Mendes Júnior - para quem o processo deveria ser meio para a “segurança constitucional dos direitos”, pelo que necessita ser modelado de forma adequada pela legislação -,⁷¹ não se deve entender essa sugestão como algo estranho à evolução que a matéria vinha apresentando no direito constitucional brasileiro. Nem sequer a formulação parece muito original, se lembrarmos o enquadramento da matéria - como expressão do “direito de segurança” - proposto por Pimenta Bueno. O destaque se deve, por certo, à generalidade da afirmação, que destoa da tradicional restrição das garantias constitucionais ao processo penal: “As Constituições brasileiras, desde o tempo do Império, sempre trouxeram normas relativas às garantias processuais na justiça penal; parcas ou quase nenhuma, aquelas pertinentes ao processo civil”.⁷²

Para esse doutrinador, tais idéias teriam ficado esquecidas na doutrina e na jurisprudência até sua retomada, na década de 1970, sob a influência de Eduardo Couture, primeiro, e de Mauro Cappelletti, depois, por autores como Ada Pellegrini Grinover. Entretanto, sob o ponto de vista do direito constitucional positivo, assevera

⁷⁰ BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira** – Comentários. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1992, p. 323.

⁷¹ MARQUES, José Frederico. **A reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 1, p. 98-99.

⁷² *Ibid.*, p. 101.

que “já desde a Constituição de 1946 ficou enfaticamente assegurado o devido processo legal, em todas as áreas e setores da tutela jurisdicional, através do art. 141, § 4º, daquela Constituição” (“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”) combinado com o art. 144 (“A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”), uma vez que “se a jurisdição pressupõe o contraditório e um processo adequado”, não se compreenderia “que a Lei Maior trouxesse regra específica sobre a garantia da tutela jurisdicional, para deixar entregue o exercício desta pelos juízes a qualquer procedimento”.⁷³ Nessa linha de pensamento, o devido processo legal estaria implícito como garantia também na Constituição de 1967 (art. 150, §§ 4º e 35) e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 153, §§ 4º e 36), como “aquele que se mostra adequado à atuação imparcial do Judiciário para dar a cada um o que é seu”.⁷⁴

Esse entendimento, embora desacolhido, em princípio, por Pontes de Miranda⁷⁵, é consentâneo com o pensamento de Cappelletti, assim expresso:

No basta que todos los ciudadanos, así como todos los sujetos que no son ciudadanos, puedan accionar e puedan defenderse en juicio. Es también necesario que el juicio se desarrolle con todas aquellas ‘garantías procesales’ [...], sin las cuales el proceso no es ese due process of law, ni ese debido proceso legal [...], que está en el espíritu de toda Constitución verdaderamente moderna”.⁷⁶

Para Pontes de Miranda, ao revés, o princípio de inafastabilidade do controle judicial tem conteúdo mais restrito e “dirige-se aos legisladores”⁷⁷ e a sede das garantias processuais do cidadão é o “direito de defesa” decorrente do § 15 do art. 153 da Constituição de 1967, de cujo comentário se retiram as seguintes

⁷³ MARQUES, 1979, p. 101-102.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 103.

⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**, v. IV. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 139-145 e 388-389.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Derecho de acción y de defensa y función concretadora de la jurisprudencia constitucional (art. 24 de Constitución y due process of law). **Proceso, Ideologías, Sociedad**. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974b, p. 480.

⁷⁷ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**, t. V. São Paulo: RT, 1968, p. 96-107. Citação da p. 100.

considerações, que, exceto pelo fato de se restringirem à “defesa em processo penal ou fiscal-penal”⁷⁸, nada deixam a dever à doutrina norte-americana do *procedural due process*:

O conceito de defesa não é deixado inteiramente à lei. A lei tem de ser concebida de tal modo que nela se assegure a defesa, a que se refere o princípio. Existe, porém, conceito *a priori* de defesa, pelo qual se tenha de moldar a defesa organizada pelas leis processuais? Tal conceito não existe; mas existe algo de mínimo, aquém do qual não mais existe a defesa.⁷⁹

É interessante observar que idêntico reconhecimento doutrinário não foi obtido pelo devido processo legal substantivo. Sob o império da Constituição de 1937, Castro Nunes é peremptório: “A cláusula americana *without the due process of law* não tem correspondente em nosso texto constitucional” - embora, reportando-se a escrito anterior, reconheça que outras garantias enumeradas na Constituição “equivalem, por construção jurisprudencial, à cláusula americana”.⁸⁰ Ainda que o aspecto substantivo do princípio tenha merecido algumas referências doutrinárias importantes sob a égide da Constituição de 1946, na grande maioria das vezes aparecia como ilustração ou objeto de análise comparativista. Mesmo quando, por exceção, Lúcio Bittencourt menciona “as duas famosas cláusulas do *due process of law* e da *equal protection of the laws*” como passíveis de fundamentar a declaração da inconstitucionalidade de uma lei, o faz de passagem, como exemplos de garantias implícitas, vigentes no direito constitucional brasileiro por força do art. 144 daquela Constituição.⁸¹

Já na vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, Sampaio Dória não sustenta sua existência, sequer implícita, no texto constitucional em vigor: propõe-se, ao contrário, a analisar determinados princípios constitucionais tributários e realizar seu “cotejo com idênticas normas cristalizadas na prática judiciária norte-americana, com fulcro na cláusula *due process of law*”⁸², alertando expressamente

⁷⁸ MIRANDA, 1968, p. 222

⁷⁹ *Ibid.*, p. 220.

⁸⁰ NUNES, Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 617, nota 21.

⁸¹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Atualizado por José de Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 88-90.

⁸² DÓRIA, 1986, p. 5.

para a necessidade de atentar para as “notórias diversidades de fundo econômico, histórico e social, que estremam a cultura dos dois países” e, especialmente, para as “diferenças genéricas das estruturas política e jurídica”.⁸³ Seu objetivo declarado é que “os precedentes judiciais americanos, calcados na *due process of law*,” pudessem “lançar alguma luz nos labores exegéticos da Constituição brasileira”, a ser levado a cabo pela jurisprudência.⁸⁴

Registre-se que, pouco antes do ocaso definitivo da Constituição de 1946, o art. 78 da Lei nº 5.172, de 25.10.1966, posteriormente denominada Código Tributário Nacional (art. 7º do Ato Complementar nº 36, de 13.03.1967), ao dispor sobre poder de polícia, vai condicionar seu exercício à “observância do processo legal”. Salienta Aliomar Baleeiro: “O processo legal, no parágrafo único do art. 78, deve ser entendido no mesmo sentido do *due process of law* dos ingleses e americanos”.⁸⁵ Porém, pouco antes, ao criticar a distinção jurisprudencial norte-americana entre *taxing power* e *police power*, Baleeiro se refere ao segundo como “servindo de evasiva aos tribunais para o amortecimento do *standard* contido na cláusula constitucional *due process of law*, a cuja sombra são protegidos, **lá**, os direitos e garantias individuais”.⁸⁶ Fica evidente, pois, tratar-se de mera referência comparativista, sem maiores conseqüências de ordem normativa.

Na mesma linha comparativista segue o mais expressivo trabalho doutrinário a abordar centralmente o *due process of law* substantivo sob o império daquela Constituição, da lavra de San Tiago Dantas.⁸⁷ Pretendendo contribuir para o estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo, especificamente no que tange ao problema da lei arbitrária, o referido autor busca subsídios no direito comparado e se detém no exame da doutrina norte-americana do *due process of law* e no seu uso como *standard* jurídico a partir do qual os Tribunais controlam a conformidade das leis aos princípios da *common law*. Definindo-o como “um processo técnico de sujeição material da lei aos princípios superiores do direito”⁸⁸, assevera que o

⁸³ DÓRIA, 1986, p. 7-8, nota 19.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 204.

⁸⁵ BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. rev. e atual. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 351.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 348. Grifamos.

⁸⁷ DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e “*due process of law*”. **Revista Forense**, v. 116, p. 357-367, abr. 1948, posteriormente republicado, com mínimas alterações de formatação, na coletânea: *Id. Problemas de direito positivo* – estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 37-64. Nas referências a seguir utilizamos a publicação posterior.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 51.

princípio da igualdade, aliado à norma do controle judiciário das leis, pode gerar uma “técnica constitucional de limitação da função legislativa entre nós”.⁸⁹ Assim, “podemos atingir, no direito constitucional brasileiro, os mesmos recursos jurisprudenciais que, nos Estados Unidos, a Corte Suprema construiu, partindo do *due process of law*”.⁹⁰

Na mesma época, mas sem a mesma atenção à jurisprudência norte-americana, que é referida brevemente, Francisco Campos sustentou brilhantemente que o princípio da igualdade também vinculava o legislador, sob pena de se tornar, “de outra maneira, princípio supérfluo, ou destituído de qualquer significação”:

O mandamento da Constituição se dirige particularmente ao legislador e, efetivamente, somente êle poderá ser o destinatário útil de tal mandamento. O executor da lei já está, necessariamente, obrigado a aplicá-la de acôrdo com os critérios constantes da própria lei. Se esta, para valer está adscrita a se conformar ao princípio da igualdade, o critério da igualdade resultará obrigatório para o executor da lei pelo simples fato de que a lei o obriga a executá-la com fidelidade ou respeito aos critérios por ela mesma estabelecidos.⁹¹

Em outras palavras, a simples exigência de legalidade formal, sem o filtro da igualdade, constitui garantia insuficiente: “Se o princípio deve reger apenas a aplicação da lei, é claro que ao legislador ficaria devassada a imensidade de um arbítrio sem fronteiras”⁹², perante a qual pouca valia teriam as demais garantias constitucionais. Por isso, a igualdade é garantia maior, significando, no que tange à atividade legislativa, que “o legislador deverá tratar como igual tudo aquilo que [...] seria arbitrário tratar como desigual”, sob pena de, violando o princípio, produzir uma lei inválida porque inconstitucional.⁹³ Pontes de Miranda, em que pese o laconismo,

⁸⁹ DANTAS, 1953, p. 53-54.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 63.

⁹¹ CAMPOS, Francisco. Igualdade perante a lei. Sentido e compreensão desta garantia constitucional. Qual o seu destinatário? Conceito de lei na Constituição de 1946. Irretroatividade da lei. Marcas de indústria e de comércio constituem objeto do direito de propriedade. **Direito Constitucional**. II v. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 7-56. Citação da p. 18.

⁹² *Ibid.*, p. 17.

⁹³ *Ibid.*, p. 34.

parece concordar⁹⁴. Na perspectiva de um Estado Constitucional⁹⁵, o raciocínio é inatacável: se o legislador não precisasse observar a igualdade, ou outro critério que permita o controle do conteúdo dos atos legislativos e da sua conformidade com determinados *standards* jurídicos superiores, os direitos fundamentais ficariam à mercê da lei. O resultado final dessa elaboração doutrinária, pois, foi a sugestão da igualdade como um *standard* jurídico com função equivalente ao *substantive due process of law*.

Questionando sobre o acolhimento do devido processo legal procedimental pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, Ada Pellegrini Grinover se reporta ao entendimento de José Frederico Marques ao concluir que o “§ 4º do art. 153 liga-se diretamente, em nosso entender, à cláusula do *due process of law* do sistema anglo-saxão e a esta deve ser associado”. Trata-se de “uma garantia constitucional, cujo conteúdo é o direito ao processo”, direito esse que não pode ser entendido como “a simples ordenação de atos, através de qualquer procedimento, mas sim o ‘devido processo legal’”.⁹⁶ A mesma autora reconhece, entretanto, que essa doutrina não teve maior repercussão na esfera jurisprudencial:

De qualquer forma, o alcance da garantia do § 4º do art. 153 da Constituição vigente, em sua aplicação concreta, é bastante reduzido: pouco resta, se tirarmos as decisões atinentes ao exercício do direito de ação e às suas limitações pelo legislador ordinário.⁹⁷

Como quer que seja, deflui naturalmente desse breve histórico que a explicitação do princípio pela CRFB esteve longe de ser um raio em céu azul, assistindo inteira razão a José Afonso da Silva quando assinala essa circunstância:

Não deixemos de mencionar, de passagem, que o princípio do *due process of law* não esteve propriamente ausente do nosso direito constitucional. Ele emergia de algumas normas de garantia do processo e do direito de segurança, inscritas entre os direitos e garantias individuais. Seu reconhecimento dependia de pesquisa no texto constitucional e de

⁹⁴ MIRANDA, 1953, p. 70.

⁹⁵ Que, aqui, quer significar, tão-somente, um Estado que se empenhe em fazer valer a supremacia da Constituição.

⁹⁶ GRINOVER, 2004, p. 156.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 175.

construção doutrinária. Agora ele está expesso. Basta à doutrina compreendê-lo na evolução centenária que tanto o enriqueceu. E, sendo limpidamente expesso, pode-se até reproduzir suas potencialidades em novos avanços, mormente porque inscrito numa Constituição com tantas novidades que hão de nele repercutir.⁹⁸

A essa presença anterior no direito constitucional brasileiro alude expressamente a Emenda Aditiva n. ES24488-4, de autoria do Dep. Vivaldo Barbosa (PDT-RJ), que deu origem ao texto constitucional do art. 5º, LIV. Sua justificativa fala de “explicitar na Constituição o princípio do devido processo legal, oriundo da cláusula anglo-saxônica *due process of law*, que é reconhecida e aplicada por toda a doutrina e a jurisprudência brasileiras”⁹⁹ - no que há que relevar a generalização e o exagero comuns à retórica parlamentar.

Se é certo que esses antecedentes pesaram em favor da inclusão expressa do princípio na CRFB, não se tem tanta clareza em saber até que ponto influenciaram sua compreensão no contexto da nova ordem constitucional inaugurada em 05.10.1988, nem se essa inclusão efetivamente representou, para além da mera retórica, “um grande avanço na proteção das liberdades públicas”.¹⁰⁰

Passadas quase duas décadas de vigência da nova ordem constitucional, as referências doutrinárias - principalmente laudatórias - abundam, a invocação do princípio nas petições judiciais tornou-se lugar comum e já existe um considerável acervo de decisões judiciais, inclusive do STF,¹⁰¹ que invocam o devido processo legal, tanto sob o aspecto procedimental, quanto no aspecto substantivo. Mesmo para o observador atento, porém, a noção de devido processo legal ainda aparece pouco nítida, na medida em que a norma (a) é mais invocada do que explicada e (b) vem quase sempre encambulhada com outras normas constitucionais, sem maiores preocupações analíticas.

Além disso, não deixa de ser tentador para o estudioso do tema, diante da excessiva valorização do devido processo legal por certa doutrina, adotar posição contraposta, que vislumbra no dispositivo constitucional que o assegura

⁹⁸ SILVA, José Afonso. Prefácio. In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. XX.

⁹⁹ CASTRO, 2005, p. 406-8 e 423.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 406-8 e 423.

¹⁰¹ E também do STJ, como se vê, por exemplo, em: MACIEL, Adhemar Ferreira. Devido processo legal e a Constituição Brasileira de 1988 – doutrina e jurisprudência – direito comparado. **Dimensões do direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 236-240.

“inescondível redundância”.¹⁰² E, na verdade, sob essa aparente provocação se oculta um questionamento necessário para a adequada compreensão das potencialidades e limites do devido processo legal em um ordenamento jurídico que possui origem, evolução e modo de funcionamento muito diferentes do ordenamento norte-americano.

Neste, pela própria característica de um ordenamento jurídico da família da *common law*, o conteúdo da *due process clause* foi, ao longo de mais de dois séculos, e continua sendo determinado pela interpretação judicial de uma Constituição sintética – interpretação esta que René David define como sendo “muito flexível”.¹⁰³ E em relação à Suprema Corte, cujos precedentes transformaram os termos vagos da Quinta e da Décima-Quarta Emendas em uma ampla e genérica garantia das pessoas contra atos arbitrários do poder público, essa flexibilidade se encontra potencializada pela condição de tribunal de última instância – que não está vinculado às suas próprias decisões e pode, portanto, se desviar livremente de sua própria jurisprudência.¹⁰⁴ Não bastasse isso, a Corte ainda tem tomado a cautela, conforme visto, de manter em permanente estado de indeterminação os requisitos decorrentes do *due process of law*.

Em um ordenamento jurídico da família romano-germânica, como o brasileiro, a situação é bem diversa. O prestígio dos textos normativos escritos implicou uma tradição de Constituições analíticas e a escrupulosa e progressiva definição legal e constitucional de procedimentos e garantias processuais da pessoa. Definir o papel do devido processo legal inicia por reconhecer esse contexto: ao invés de uma cláusula totalmente aberta à interpretação jurisprudencial, ficamos diante de um princípio cujos elementos em grande medida já estão definidos em normas de igual hierarquia e regradados na legislação ordinária. De outra parte, ainda que o STF seja o “guardião da Constituição” (art. 102, CRFB), dando a última palavra sobre a interpretação constitucional, o exame de sua jurisprudência demonstrará que, ao contrário da Suprema Corte, o Tribunal tem se esforçado – ainda que nem sempre de forma eficaz - para reduzir a indeterminação do conceito.

Tem-se que a adequada assimilação do conceito na prática jurídica brasileira passa, efetivamente, por levar a cabo essa tarefa. E reduzir a indeterminação do

¹⁰² TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo:** regimentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 18.

¹⁰³ DAVID, 1986, p. 398.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 391-392.

devido processo legal implica definir a natureza da norma constitucional que o prevê, estabelecer pontes com as soluções que a doutrina e a jurisprudência construíram sob a égide de Constituições anteriores, bem como encontrar o seu lugar entre as múltiplas e explícitas garantias - não apenas processuais - inscritas na CRFB. Para tanto, há de se considerar não só o que se escreveu sobre o princípio, mas também - e sobretudo - como ele vem sendo aplicado em concreto

2 DEVIDO PROCESSO LEGAL: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

Se a primeira parte desse estudo buscava uma adequada pré-compreensão do devido processo legal, esta segunda parte já trata de compreender o conceito no horizonte do presente.¹⁰⁵ Qualquer interpretação de um texto, jurídico ou não, que pretenda ser levada a sério, deve começar pela análise do texto em questão. Entretanto, o que se lê no inciso LIV do art. 5º da CRFB (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) não é nada além de uma fórmula, resultante de uma adaptação da original constante da Quinta Emenda à Constituição norte-americana,¹⁰⁶ Daí a necessidade de buscar o significado da fórmula original no direito norte-americano, bem como de relembrar a evolução constitucional de garantias constitucionais afins no direito brasileiro anterior à sua adoção.

De posse da pré-compreensão resultante desse percurso, cumpre que se estabeleça o conteúdo e o sentido dessa fórmula, que, inserida em um texto constitucional, possui evidente força normativa, integrando o direito brasileiro em vigor. Talvez não seja desnecessária cautela, em se tratando de direito constitucional, sublinhar que nosso desiderato é estabelecer o conteúdo e o sentido jurídicos do devido processo legal. Com isso se quer, primeiro, reafirmar os limites epistemológicos do presente estudo e, segundo, esclarecer que a busca é por uma definição objetiva do conteúdo e do sentido vinculantes da fórmula, finalidade de toda interpretação jurídica¹⁰⁷. Se mesmo no direito norte-americano é possível identificar um *standard* relativo à incidência e às exigências mínimas decorrentes da *due process clause*, com mais razão é possível ao jurista brasileiro dar contornos mais concretos ao devido processo legal.

Para que possamos atingir esse desiderato, parece conveniente iniciar por um esforço de delimitação conceitual: a leitura do inciso LIV do art. 5º revela que o

¹⁰⁵ GADAMER, 1997, p. 457.

¹⁰⁶ *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, **nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law**; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.* Grifamos.

¹⁰⁷ JESCH, Dietrich. **Ley y Administración**: estudio de la evolución del principio de legalidad. Trad. de Manuel Heredero. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1978, p. 75. Igualmente GRAU, 2005, p. 79.

devido processo legal é uma norma, uma vez que inserido em um texto normativo, e uma norma da mais alta hierarquia dentro do ordenamento jurídico, pois o texto normativo que a abriga é a Constituição - e não parece despropositado repisar que o principal atributo da Constituição é a sua supremacia, entendida como superioridade hierárquica formal¹⁰⁸ em relação às demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o devido processo legal é, pois, norma constitucional.

Essa constatação, entretanto, é um mero ponto de partida para a pretendida definição do conteúdo e do sentido da norma do devido processo legal. Sabendo-se que, como bem destaca Juarez Freitas, “interpretação ou é sistemática ou não é interpretação”¹⁰⁹, cumpre ir além e indagar, em primeiro lugar, como se dá sua inserção sistemática dentro da CRFB. Tratando-se, como se verá, de uma norma elencada entre os direitos e garantias fundamentais, também tem grande importância, em segundo lugar, indagar sobre sua caracterização como direito ou como garantia fundamental.

2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO NORMA CONSTITUCIONAL

2.1.1 Inserção sistemática

A referência reiterada ao inciso LIV do art. 5º da CRFB não deve ser entendida como significando que a definição dos contornos do devido processo legal possa ser feita unicamente à vista desse dispositivo. Para além do que é óbvio - partir do texto não implica identificação entre texto e norma¹¹⁰ -, esse destaque não

¹⁰⁸ Em se adotando, como entre nós, uma Constituição rígida, passível de modificação unicamente de acordo com um procedimento legislativo especial, a superioridade hierárquica de uma norma depende de sua inserção no texto constitucional formal, a constituição-documento. Sobre os conceitos de constituição em sentido material e formal, veja-se CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atualiz. por Flavio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 399-401.

¹⁰⁹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 62-83. Citação da p. 74.

¹¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, [1998], p. 1091.

implica perder de vista que **esse dispositivo é parte de um sistema**, tanto no sentido restrito de parte de um mesmo diploma normativo, quanto no sentido amplo de elemento de uma ordem jurídica. De fato, como alerta Claus-Wilhelm Canaris ao defender a importância da noção de sistema em Direito, “só a ordenação sistemática permite entender a norma questionada não apenas como um fenômeno isolado, mas como parte de um todo”.¹¹¹

Falar a sério sobre devido processo legal implica, pois, situar a norma dentro da CRFB e, em um sentido mais amplo, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que nela não se esgota. Embora não se possa, na realidade, separar inteiramente os dois contextos, o presente estudo focará o devido processo legal dentro do primeiro deles, ou seja, em relação à CRFB.¹¹² Para tanto, são especialmente relevantes os seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 1º A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III- a dignidade da pessoa humana;

Art. 2º São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

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

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Gulbenkian, 1989, p. 156. Para o mesmo autor, em Direito um sistema só pode ser entendido como uma ordenação axiológica ou teleológica – *Ibid.*, p. 66 e seguintes. Ver também LARENZ, 1997, p. 230-241 e 674-697. Aceitar essa premissa não significa, entretanto, desconhecer que com a regra de que se deve perguntar pelo sentido de um preceito jurídico, não se resolve a questão decisiva de “como esse sentido deve ser averiguado” (HESSE, 1998, p. 58). Daí a importância da metodologia.

¹¹² Com o que se atende ao chamado princípio ou postulado (hermenêutico, em qualquer dos casos) da unidade da Constituição, que, segundo Konrad Hesse, fundamenta *a necessidade de olhar nunca somente a norma individual, senão também a conexão total na qual ele deve ser colocada; todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal modo que contradições com outras normas constitucionais sejam evitadas* (HESSE, *op. cit.*, p. 65). No mesmo sentido, CANOTILHO, [1998], p. 1096-1097. A denominação “postulado hermenêutico” é de ÁVILA, 2007, p. 123-124.

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

[...]

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

Este recorte do texto constitucional possibilita a identificação de uma série de normas jurídicas comumente referidas como princípios: princípios fundamentais (princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da separação dos poderes), direitos fundamentais formulados em forma de princípios (princípio da igualdade, princípio da legalidade, princípio da proteção judiciária, princípio do devido processo legal, princípio do contraditório, princípio da ampla defesa, princípio da razoável duração do processo), princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Fique claro que, nesse primeiro momento, estamos designando como “princípios” aquelas normas que costumam ser assim designadas na maior parte da doutrina nacional e na prática forense, agrupadas de acordo com os critérios textuais da própria CRFB.¹¹³ Isto é: não se está afirmando que todas as normas citadas tenham estrutura de princípios, nem sugerindo que tenham a mesma importância, nem, menos ainda, formulando qualquer proposta de classificação de princípios constitucionais. O que se quer vincar é que a apreensão do significado do devido processo legal implica uma visão de conjunto, conforme referido há pouco, e que essa visão de conjunto, embora diga respeito a todo o texto constitucional, envolve particularmente as normas destacadas.¹¹⁴

Essa última afirmação merece ser esclarecida, ainda que sumariamente. Em primeiro lugar, entender que a CRFB constituiu um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana é o primeiro passo para a compreensão de toda e qualquer norma que a integre. A fórmula “Estado

¹¹³ As questões (a) o que se entende por “princípios” e (b) se o devido processo legal deve ser assim designado são objeto da subparte 2.2, à qual nos reportamos.

¹¹⁴ Seguindo, pois, a lição clássica de Carlos Maximiliano sobre o processo sistemático de interpretação: *Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço* (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 128).

Democrático de Direito” reúne as duas grandes qualidades do Estado Constitucional - a limitação do poder do Estado de Direito e a legitimação democrática do Estado Democrático -¹¹⁵, com conseqüências que, por um lado, implicam a contenção, controle e disciplinamento do poder político¹¹⁶, e, por outro, a exigência de participação popular nas decisões estatais, com influxo direto na idéia de que a esfera jurídica da pessoa só pode ser afetada por atos baseados em normas legais razoáveis e mediante a observância de procedimentos que oportunizem a sua manifestação.

No mesmo sentido apontam os preceitos - que remetem a Kant¹¹⁷ - de que a pessoa humana é fim e não meio, sujeito e não objeto, decorrentes da explicitação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República constituída pela CRFB. Além de conferir uma unidade de sentido ao catálogo constitucional de direitos fundamentais, convém não esquecer, por relevante, “a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico”.¹¹⁸ Portanto, a pessoa não pode ser tratada pelo poder público como simples meio para atingir uma finalidade - ainda que de interesse público - ou como mero objeto da atividade legislativa, administrativa ou judiciária.

Bem a propósito vem o voto do Min. Cezar Peluso no julgamento, pelo Pleno do STF, do MS 24.268/MG, em que se controvertia sobre o cancelamento de pensão especial por determinação do TCU, que entendeu ilegal a adoção que dera causa ao pensionamento - realizada pelo bisavô da pensionista, com 83 anos de idade e portador de câncer, uma semana antes de falecer. Enquanto a Relatora original, Min. Ellen Gracie, indeferia o pedido mandamental por entender desnecessário o

¹¹⁵ CANOTILHO, [1998], p. 87. José Afonso da Silva vai mais longe, entendendo que se trata de “um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*” (SILVA, 2003, p. 123).

¹¹⁶ A que se referem, classicamente, o princípio da separação dos poderes e os direitos fundamentais, bem como, mais recentemente, os princípios constitucionais da administração pública – que, todavia, possuem significações próprias.

¹¹⁷ Para maiores desenvolvimentos, veja-se SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 29-39, 50-52.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 80. A utilização da dignidade da pessoa humana como critério de aplicação das normas jurídicas tem, contudo, as suas limitações, como demonstra Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**: de acordo com a emenda constitucional n. 53, de 19.12.06. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 332-333).

contraditório, inclusive por caracterizada a finalidade fraudulenta da adoção, o Min. Peluso acompanhou o Relator para o acórdão, Min. Gilmar Mendes, observando ser exigência do devido processo legal e do contraditório que a pensionista tivesse sido “ouvida, porque o fato de não ser ouvida, sob pretexto de suposta aparência de fraude, transforma a pessoa humana em objeto. Em se dispondo sobre ela sem lhe dar a oportunidade de ser ouvida e considerada como sujeito”.¹¹⁹

O princípio da separação dos poderes, cuja trajetória como componente indissociável da noção de Estado de Direito remonta ao texto do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Assembléia Nacional Francesa, de 1789, também vai desempenhar um papel relevante na configuração do devido processo legal, uma vez que sua observância não se limita - como demonstra o acórdão recém-citado - ao processo enquanto atividade do Poder Judiciário, mas também deve ocorrer nos processos realizados perante os outros poderes do Estado. Nesses casos, entretanto, embora tenha aplicação o princípio da proteção judiciária ou da inafastabilidade do controle jurisdicional, decorrente do inciso XXXV do art. 5º, esse controle deverá obedecer a certos limites.

Considere-se, por exemplo, as decisões do STF sobre a possibilidade de controle jurisdicional dos processos de perda de mandato de Deputados e Senadores, aos quais a CRFB expressamente determina a observância da ampla defesa (art. 55, §§ 2º e 3º) e, especialmente, do processo de crime de responsabilidade do Presidente da República - o chamado processo de *impeachment* previsto nos arts. 85 e 86. Na primeira oportunidade em que enfrentou a questão sob a vigência da CRFB, no MS 20.941/DF, o STF afirmou “possuir jurisdição” para controlar a regularidade do processo de *impeachment* “sempre que, no desenvolvimento dele, se alegue violação ou ameaça ao direito das partes”.¹²⁰ Esse precedente serviu de base para a atuação do Tribunal no “Caso Collor”: no MS 21.564 MC-QO/DF, novamente foi rejeitada preliminar de falta de jurisdição da Corte para o controle constitucional e legal do processo de *impeachment*, asseverando os votos vencedores que o STF, embora não possa reapreciar o mérito das decisões da Câmara e do Senado em processos de perda de mandato ou de *impeachment*, é

¹¹⁹ STF, Tribunal Pleno, MS 24.268/MG, relator para o acórdão o Min. Gilmar Mendes, DJU de 17.09.2004.

¹²⁰ STF, Tribunal Pleno, MS 20.941/DF, relator para o acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 31.08.1992.

competente para salvaguardar a observância do devido processo legal.¹²¹ No mesmo sentido, o MS 21.623/DF, onde se reafirma que o devido processo legal é aplicável ao processo de *impeachment* - observada a natureza do processo.¹²²

Outro exemplo de intersecção entre os princípios da separação dos poderes, da proteção judiciária e do devido processo legal se dá no controle jurisdicional do processo legislativo, exercitado até mesmo sobre emendas à Constituição aprovadas pelo Congresso Nacional, tanto sob o aspecto procedimental quanto sob o aspecto substantivo. Para ficar em julgamentos recentes, destaque-se, quanto ao primeiro aspecto, a concessão de medida cautelar na ADI-MC 2.135/DF, onde o Tribunal entendeu “caracterizada a aparente violação ao § 2º do art. 60 da CF [...], uma vez que o Plenário da Câmara dos Deputados mantivera, em primeiro turno, a redação original do caput do art. 39, e a comissão especial, incumbida de dar nova redação à proposta de emenda constitucional, suprimira o dispositivo, colocando, em seu lugar, a norma relativa ao § 2º, que havia sido aprovada em primeiro turno”¹²³, e, quanto ao segundo, a decisão proferida na ADI 3.685/DF, que deu à EC nº 52/06 interpretação conforme com a Constituição para que somente fosse aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.¹²⁴ Também esse controle, todavia, tem os seus limites.¹²⁵

Da abrangência com que o STF aplica o devido processo legal não se retira, pois, que ele coloque as mesmas exigências em todos os casos. Isso porque, como salienta um conhecido adepto da possibilidade de uma teoria geral do processo, os processos estatais, em que há exercício de poder pelo Estado, se dividem em jurisdicionais e não-jurisdicionais, sendo possível detectar diferenças significativas dentro do próprio processo jurisdicional - por exemplo, entre o processo civil e o processo penal, derivadas do trato com valores diferentes - e diferenças ainda mais significativas entre este e os processos não-jurisdicionais. No processo

¹²¹ STF, Tribunal Pleno, MS 21.564 MC-QO/DF, relator o Min. Antonio Gallotti, DJU de 27.08.1993.

¹²² STF, Tribunal Pleno, MS 21.623/DF, relator para o acórdão o Min. Carlos Velloso, DJU de 28.05.1993.

¹²³ STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 2.135/DF, relatora para o acórdão a Min. Ellen Gracie, Informativo STF nº 474.

¹²⁴ STF, Tribunal Pleno, ADI 3.685/DF, relatora a Min. Ellen Gracie, DJU de 10.08.2006.

¹²⁵ Como lembrado pelo Min. Celso de Mello no despacho que proferiu no MS 26.712 ED-MC/DF, a “possibilidade extraordinária dessa intervenção jurisdicional, ainda que no próprio momento de produção das normas pelo Congresso Nacional” deve respeitar “necessariamente, no que se refere à extensão do controle judicial, os aspectos discricionários concernentes às questões políticas e aos atos *interna corporis* (RTJ 102/27 – RTJ 112/598 - RTJ 112/1023)” (Informativo STF nº 479).

administrativo, existem modalidades que se aproximam mais - como o processo disciplinar - e modalidades que se aproximam menos do processo jurisdicional, enquanto o processo legislativo se afasta em muito tanto do processo jurisdicional quanto do processo administrativo.¹²⁶

2.1.2 Direito ou garantia fundamental?

A questão proposta no título deste subcapítulo se prende à designação do Título II da CRFB, onde está inscrito o inciso LIV do art. 5º: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. A mesma distinção entre “direitos e garantias” reaparece nos §§ 1º e 2º do art. 5º. E não se trata de inadvertência, mas de continuidade de uma tradição que provém da Constituição de 1824, onde o Título 8º tratava “Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”. A Constituição de 1891, no art. 78, distingue “garantias e direitos”, da mesma forma que o art. 114 da Constituição de 1934, onde o Capítulo II do Título III “Da Declaração de Direitos” se intitula “Dos Direitos e Garantias Individuaes”. Igualmente o art. 123 da Constituição de 1937, que trata dos direitos fundamentais sob idêntico título, apenas atualizando a grafia. A Constituição de 1946 repete a distinção no art. 144 e designa “Dos Direitos e das Garantias Individuais” o Capítulo II do Título IV (“Da Declaração de Direitos”). O mesmo na Constituição de 1967 (art. 150, § 35, e Capítulo IV do Título II) e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 153, § 36 e Capítulo IV do Título II).

¹²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 74-78. Este autor se refere a processo jurisdicional e processo não-jurisdicional, “conforme se trate do exercício do conjunto de atividades a que se convencionou chamar **jurisdição**, ou de outra manifestação do poder estatal” (p. 75. Grifado no original). Considerando a inafastabilidade do controle jurisdicional adotado pela CRFB (art. 5º, XXXVI), de que decorre a possibilidade de revisão judicial das decisões administrativas que afetem direitos, não interfere com essa classificação a influente tendência doutrinária que advoga a necessidade de distinguir entre processo e jurisdição, partindo da premissa que, embora o processo seja o modelo eletivo de desempenho da atividade jurisdicional, não lhe é exclusivo. Sobre o tema, veja-se, por todos, FAZZALARI, Elio. Processo (Teoria generale). In: **Novissimo digesto italiano**. Torino: UTET, 1957, p. 1067-1076, v. XIII.

A se tomar em consideração o brocardo *verba cum effectu sunt accipienda*¹²⁷, deve haver, pois, uma diferença entre direitos e garantias, diferença que é afirmada e tem a sua mais clara exposição em Ruy Barbosa:

Não se encontrará, na Constituição, parte, ou cláusula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução “garantias constitucionais”, mas a acepção é óbvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente **declaratórias**, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições **assecuratórias**, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os **direitos**; estas, as **garantias**; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.¹²⁸

Sem embargo de se reconhecer que as garantias constitucionais são também direitos¹²⁹ e que a CRFB não se preocupa em definir ou separar aquelas destes - no que, por sinal, também segue a tradição constitucional brasileira -, é possível retirar da lição de Ruy Barbosa a idéia de que as garantias se caracterizam por não outorgarem um bem jurídico em si, mas por se predisporem à proteção de um ou mais bens jurídicos outorgados pelo texto constitucional. De forma mais sintética, as garantias são **instrumentais** em relação aos direitos.

Exemplificando: nessa linha de pensamento, a liberdade de locomoção do inciso XV do art. 5º da CRFB é direito, do qual o *habeas corpus* do inciso LXVIII do mesmo artigo é garantia¹³⁰. Por relativa que seja esta distinção, não nos parece que ela seja uma relíquia histórica destituída de interesse prático. Pelo contrário, aplicada ao objeto de nosso estudo, colabora para definir-lhe os contornos e orientar-lhe a aplicação, como ilustra o debate que se feriu no julgamento, pelo

¹²⁷ Não se presumem, na lei, palavras inúteis”, ou, literalmente: “Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia” – MAXIMILIANO, 1988, p. 250. A mesma velha e sempre atual idéia aparece em outra roupagem quando se escreve que “é preciso atribuir um significado normativo, ainda que mínimo, aos dispositivos constitucionais”. ÁVILA, 2008, p. 139.

¹²⁸ BARBOSA, 1978, p. 124. Grifado no original.

¹²⁹ Pelo menos em princípio: como alerta Jorge Miranda, essa equiparação não é isenta de controvérsias (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. IV. [Coimbra?]: Coimbra Editora, 1993, p. 90-92). Na classificação de José Afonso da Silva, por exemplo, somente as chamadas garantias constitucionais especiais, “que são prescrições constitucionais estatuidas técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial” podem ser consideradas também direitos (SILVA, 2001, p. 191-192).

¹³⁰ *Ibid.*, p. 189-192 e 416-421.

Pleno do STF, do MS 24.785/DF¹³¹, cuja ementa é bem pouco ilustrativa do interessante debate que nele se travou:

MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DETERMINAÇÃO DE RENOVAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. Ato do Tribunal de Contas da União que determinou à Administração Pública a realização de nova licitação. Prorrogação do vigente contrato por prazo suficiente para que fosse realizada nova licitação. A escolha do período a ser prorrogado, realizada de acordo com o disposto no contrato celebrado, insere-se no âmbito de discricionariedade da Administração. Segurança denegada.

Tratava-se de mandado de segurança interposto por uma empresa de saneamento e serviços contra ato do TCU que teria implicado, segundo a impetrante, determinação de nova licitação por órgão público federal para a contratação de serviços de limpeza, que vinham sendo por ela realizados, sem que fosse notificada para exercer o contraditório. Esclarecido que se tratava de um contrato com prazo de vigência de doze meses, mas com cláusula que autorizava prorrogações sucessivas até um máximo de sessenta meses, o Relator, Min. Marco Aurélio, concedeu a segurança, considerando que havia prejuízo a direito patrimonial da impetrante, decorrente da possibilidade de prorrogação, exigindo o contraditório. O Min. Joaquim Barbosa votou abrindo divergência por entender inexistente o prejuízo, já que a possibilidade de prorrogação dependeria de manifestação discricionária da Administração.

Em seu voto, o Min. Cezar Peluso, alinhando-se à divergência, acrescentou que o contraditório “é garantia de direitos subjetivos” e, inexistindo direito da impetrante à prorrogação, não incide a garantia constitucional (Mais claramente ainda: “O contraditório é garantia que só se propõe quando esteja em jogo direito subjetivo”). E respondendo às objeções do Min. Gilmar Mendes de que estava em jogo o “direito subjetivo ao contraditório e à ampla defesa”, que não depende da “plausibilidade do direito que se discute”, contrapôs que “o direito ao contraditório é direito instrumental, tem que estar a serviço de algum outro direito”, recebendo a

¹³¹ STF, Tribunal Pleno, MS 24.785/DF, relator para o acórdão o Min. Joaquim Barbosa, j. em 08.09.2004, DJU de 03.02.2006.

adesão do Min. Carlos Velloso, que afirmou que “toda vez que um direito subjetivo possa ser atingido por ato da administração pública impõe-se a necessidade do devido processo legal”, mas que, no caso, “não há direito subjetivo em jogo”. Também aderiram à divergência o Min. Carlos Britto, que mencionou tratar-se de uma “expectativa de direito”, e os Ministros Ellen Gracie e Nelson Jobim, por fundamentos diversos. Nenhum dos vencidos (além do Relator, os Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello)¹³² aderiu explicitamente à tese do direito incondicionado ao contraditório e à ampla defesa sustentada pelo Min. Gilmar Mendes.

O debate de fundo que interessa ao presente estudo bem poderia ter sido travado em termos de caracterização do devido processo legal procedimental como um direito (posição do Min. Gilmar Mendes) ou como uma garantia (posição dos Ministros Cezar Peluso e Carlos Velloso).¹³³ Mas é certo que esse julgamento não representa, como se verá, uma explícita tomada de posição do STF sobre a instrumentalidade do devido processo legal. Existe, como lembrou o Min. Gilmar Mendes em seu voto, decisão anterior assegurando o direito de defesa em caso de “nomeação sem concurso público” (mesmo sabendo “que ela é nula”). Trata-se do RE 351.489-0/PR, julgado pela 2ª Turma e que, na verdade, envolvia candidatos aprovados e nomeados em concurso de Câmara Municipal, posteriormente anulado, assegurando o então Relator - Min. Gilmar Mendes - que não se discutem “as alegadas irregularidades do concurso, mas a possibilidade dos nomeados procederem à sua defesa”. Respeitando-se a convicção do Relator, não se cuida exatamente de “nomeação sem concurso público”, mas, pelo contrário de situação em que não se pode afastar de plano, salvo melhor juízo, a plausibilidade de ofensa a direitos dos concursados. Tanto é assim que o julgado cita vários precedentes do próprio STF, inclusive antigos (p. ex., o RE 100.555, 1ª Turma, Relator o Min. Rafael Mayer, DJ 10.08.84), declarando expressamente que o “acórdão recorrido diverge da jurisprudência” da Corte.

Destes precedentes merece especial consideração, entretanto, um julgado recente do Tribunal Pleno, onde o próprio Min. Gilmar Mendes foi Relator para o acórdão, não por acaso citado em primeiro lugar como exemplo da jurisprudência do

¹³² Valendo registrar que não consta do arquivo de inteiro teor disponível no sítio do STF a declaração de voto do Min. Celso de Mello.

¹³³ Na doutrina, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 2, é explícita em caracterizar o devido processo legal e seus consectários como garantias.

STF sobre contraditório e ampla defesa. Trata-se do MS 24.268/MG, onde se questionava ato do TCU que determinou a órgão público federal o cancelamento de pensão especial, concedida dezoito anos antes, sob o fundamento de inexistir comprovação da adoção - da qual resultou, com a morte do adotante, o benefício previdenciário - por instrumento jurídico adequado. A Relatora, Min. Ellen Gracie, votou pela denegação da segurança, pela razão fundamental de entender que a adoção fora simulada, realizada sem a forma prescrita em lei e com “o claro propósito de manutenção da pensão previdenciária”, uma vez que o ato fora realizado mediante escritura lavrada uma semana antes do adotante, bisavô da impetrante e portador de câncer, falecer aos 83 anos. Posteriormente, o pátrio poder foi revertido aos pais por sentença, sem prejuízo dos efeitos previdenciários da adoção. O Min. Gilmar Mendes, em devolução de vista, lançou voto divergente, no qual, entre alentadas considerações sobre o conteúdo da garantia do contraditório e da ampla defesa, averbou que a não observância dessa garantia no caso concreto afigurava-se “suficiente para a concessão da segurança” - agregando, porém, substancial argumentação relativa à segurança jurídica, à vista do tempo decorrido desde a concessão da pensão.

A se julgar apenas por esses votos e pela decisão de conceder a segurança para “determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)”, estaria consagrada pelo STF a tese do direito incondicionado ao contraditório e à ampla defesa. Há, todavia, diferenças significativas em relação à hipótese posteriormente apreciada pelo mesmo Tribunal Pleno no julgamento do MS 24.785/DF: aqui, em que pese ser “evidente”, “clara”, “cristalina [...] a situação de fraude”, como assinalou, nos debates, a Min. Ellen Gracie, está em jogo direito subjetivo da impetrante, de cunho desenganadamente patrimonial, relativo à pensão que vinha percebendo. Então, nesse caso, ampla maioria agrupou-se em torno da necessidade de observância do devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, incluído o Min. Cezar Peluso, que lançou a seguinte observação:

A Constituição (art. 5º, LIV) não permite que ninguém perca qualquer de seus bens, e não apenas a liberdade (diz ela: “nenhum de seus bens”, materiais ou imateriais), sem o justo processo da lei. Nem basta que o processo seja legal; tem ainda de ser devido, justo. Evidentemente, não há processo minimamente justo onde não haja possibilidade, de acordo, aliás, com o inciso subsequente (LV), do exercício pleno do contraditório, o qual não se limita - e, isso já consta do voto do Ministro - à garantia de alegação

oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica também a possibilidade de ser ouvido em matéria jurídica. É preciso, pois, que, nos termos da Constituição, seja tal possibilidade assegurada àquele que goza de situação jurídica estável durante vinte anos, e a situação da ora impetrante não poder (sic) ser considerada como um não-bem, porque há anos estabilizada e desfrutada como tal. Tem de ser ouvida, porque o fato de não ser ouvida, sob pretexto de suposta aparência de fraude, transforma a pessoa humana em objeto, em se dispondo sobre ela sem lhe dar a oportunidade de ser ouvida e considerada como sujeito.

Outro diferencial foi o largo espaço temporal (vinte anos, à época do julgamento) decorrido entre a concessão da pensão e o ato que determinou seu cancelamento, abordado no voto vencedor do Min. Gilmar Mendes e que gerou uma divergência, liderada pelo Min. Carlos Velloso e acompanhada pelos Ministros Nelson Jobim e Cezar Peluso, no sentido de conceder a ordem com maior extensão, declarando o direito da impetrante ao benefício previdenciário. Essa corrente também considerou o argumento do Min. Jobim no sentido da incompetência do TCU para “desconstituir atos jurídicos praticados fora de sua alçada”.

Ao fim e ao cabo, a ementa do MS 24.268/MG ficou assim:

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

As decisões analisadas permitem, desde logo, que se identifique com bastante clareza a inclinação da maioria dos integrantes do STF de utilizar em conjunto o devido processo legal e as garantias rotineiramente a ele associadas (contraditório e ampla defesa), como se compusessem uma única e mesma norma.¹³⁴ Mas a mais importante constatação que emerge de sua leitura diz com a relação de instrumentalidade que estabelecem entre essa norma e a defesa de direitos subjetivos.

Em assim sendo, parece insustentável a existência de um direito ao contraditório e à ampla defesa que prescindia da prévia consideração de que a ação estatal interfere com a liberdade ou os bens de uma pessoa – ou seja, da superação de uma espécie de *threshold test*. O devido processo legal não é um fim em si mesmo - como o próprio processo não é um fim em si mesmo¹³⁵ -, mas um meio de conferir proteção aos direitos fundamentais. Pretender que ele deva ser acionado mesmo quando evidente a ausência de direitos a serem protegidos é como lançar um foguete em direção a um planeta inexistente.

É certo que, mesmo aceitando essa premissa, ainda remanesce um amplo espaço de interpretação no que tange à necessidade ou não de que a interferência com a liberdade ou os bens de uma pessoa seja relevante, se ela é justificável ou não, e assim por diante. Também não é de se excluir a possibilidade de que, em algumas situações, a dúvida sobre a presença de direitos a serem protegidos seja a própria razão da observância do devido processo legal.

Como quer que seja, **a instrumentalidade que caracteriza as garantias fica estabelecida em relação ao devido processo legal e seus consectários** – sem que com isso se pretenda, gize-se, estabelecer qualquer menos valia dessas normas em relação àquelas que são designadas direitos. Trata-se, apenas, de dar significado mais preciso ao texto constitucional, através do destaque de um aspecto funcional da norma que determina a observância do devido processo legal em relação às outras normas referentes a direitos fundamentais.

¹³⁴ Aspecto que será aprofundado mais adiante, na parte 3, subparte 3.2 “Dimensão procedimental, contraditório e ampla defesa”.

¹³⁵ Nesse sentido, anota Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que o processo civil é moldado por escolhas de natureza política, que buscam estabelecer os “**meios** mais adequados e eficientes para a realização dos **valores** que dominam o meio social, estes sim estruturando a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada Estado (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Garantia do contraditório**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Garantias constitucionais do processo civil**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999, p. 132-150. Citação da p. 132).

2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PRINCÍPIO

Igualmente é o aspecto funcional que se tem em vista com a afirmação de que a norma constitucional que determina a observância do devido processo legal é, estruturalmente, um princípio. E, embora seja corrente na doutrina e na jurisprudência atribuir essa qualificação ao devido processo legal, não é menos verdade que são raras as justificativas explícitas para essa opção. Como o próprio conceito de princípio não é matéria pacífica, a falta de justificativas não permite que se conclua, da referida qualificação, que significado e alcance se quer atribuir à norma em tela. Talvez por isso, ou talvez por influência da linguagem do direito norte-americano, se verifica que os títulos de várias obras importantes sobre o tema, referidas na bibliografia,¹³⁶ omitem a qualificação mencionada, limitando-se à expressão devido processo legal.

Há também quem não apenas se deixe influenciar pela linguagem norte-americana como ainda a utilize para designar a norma constitucional brasileira, opção para a qual não se encontra outra justificativa que não a dificuldade de tradução adequada da expressão *due process of law*. Para além das já salientadas abrangência e indeterminação do conceito, sua tradução literal como devido processo legal, utilizada pela doutrina pré-1988¹³⁷ e oficializada pela redação do inciso LIV do art. 5º, é passível de reparos em si mesma. De fato, como salienta Eduardo García de Enterría, “*Law ou Laws non son las Leyes, es el Derecho, sin más*”.¹³⁸ Então, em vez de devido processo legal, melhor seria devido processo jurídico ou de direito¹³⁹, ou ainda as versões europeias: processo justo¹⁴⁰ ou processo equitativo¹⁴¹.

¹³⁶ Para exemplificar, é o caso das já citadas obras de CASTRO (2005) e LIMA (1999). A observação não se aplica à também já citada obra de MARTEL (2005), uma vez que seu tema é o devido processo legal no direito norte-americano.

¹³⁷ Por exemplo, em MARQUES, 1979, p. 98-107.

¹³⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza, 2001, p. 146, nota 62.

¹³⁹ Gomes Canotilho sugere “processo devido em direito” (CANOTILHO, [1998], p. 448).

¹⁴⁰ Itália, CRI, art. 111/1: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*”.

¹⁴¹ Portugal, CRP, art. 20º/4: “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”.

A opção do Constituinte pela expressão “devido processo legal” não apenas consagrou uma tradução que, na melhor das hipóteses, é questionável¹⁴², como ainda conduz a uma assimilação inútil (e problemática) - para nós outros, integrantes de um sistema que tem na lei escrita sua principal fonte de direito - da nova garantia à tradicional garantia da legalidade. Embora a crítica seja necessária e, a nosso juízo, justificada, é forçoso reconhecer que a dicção do dispositivo constitucional e a consequente generalização do seu uso na doutrina e na jurisprudência dão pouca esperança de que valha a pena insistir nessa questão.

Já que a tradução parece não ter sido feliz, resta ao intérprete empenhar-se com mais denodo em superar a literalidade do texto constitucional e tentar ser feliz na sua compreensão enquanto norma, que é mais importante. O entendimento doutrinário dominante sustenta que uma norma pode ser um princípio ou uma regra - e que uma coisa exclui a outra. Embora não se acolha essa visão, como ficará claro à medida que se avançar no exame da matéria, o exame do art. 5º, LIV, à luz dessa dicotomia pode ser bastante esclarecedor. Definir que espécie de norma se deduz do dispositivo em tela passará, pois, por responder a seguinte questão: o devido processo legal é um princípio ou uma regra?

Antes de se tomar posição sobre esse questionamento, necessário que se dediquem algumas linhas à explicitação de seus termos. Se não ficar claro o que se entende por princípio e por regra, correr-se-á sério risco de, tomando gato por lebre, comprometer inteiramente a resposta.

2.2.1 Princípios e regras

A caracterização dos princípios e sua distinção de outras espécies de normas não é um tema propriamente de direito constitucional, mas de teoria geral do direito. Entretanto, é certo que, após 1988, a discussão da matéria tem sido feita principalmente em termos de princípios constitucionais, impulsionada pela edição da

¹⁴² Em sentido contrário, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que defende a expressão utilizada pela CRFB, reportando-se ao “seu primeiro emprego no Estatuto de Eduardo III (1354)” onde “fazia-se referência expressa à lei: *saunz estre mesne en repons par due proces de lei*” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**. Porto Alegre, ed. Especial, v. 2, n. 4, p. 119-130, jun. 2004, citação da nota 38, p. 130)

CRFB e pelo destaque que essas normas possuem no seu texto. Daí a existência de uma já considerável bibliografia tratando de princípios constitucionais em geral ou em particular.¹⁴³

Repetiu-se entre nós, com algumas décadas de atraso, o fenômeno que se verificou na Europa Ocidental, com a edição das novas Constituições da Itália (1948) e da Alemanha Ocidental (1949) após o final da Segunda Grande Guerra: o estudo dos princípios - inicialmente enquanto princípios gerais de direito -, deixou as últimas páginas ou linhas dos tratados sobre interpretação do direito privado e, transformado em objeto de interesse dos cultores do direito público, acabou por se tornar um capítulo fundamental da teoria do direito. O fenômeno original é sintetizado por Norberto Bobbio, no verbete *Principi Generali di Diritto* do *Novissimo digesto italiano*, onde é relacionado ao questionamento do positivismo formalista e ao progressivo reconhecimento do papel da jurisprudência no desenvolvimento do direito.¹⁴⁴

Em que pese essa defasagem temporal possibilitar aos juristas brasileiros o exame dos princípios da nova Constituição com auxílio da doutrina europeia - inclusive portuguesa e espanhola, tributárias das novas Constituições editadas na década de 1970 - não é incomum encontrar, dentre as numerosas obras e artigos de doutrina que abordam o tema ou parte dele, uma certa confusão entre concepções diferentes sobre a definição e o papel dos princípios e das regras em um ordenamento jurídico.

Para além das controvérsias pontuais, que são muitas, é possível conceber distinções fracas e distinções fortes entre princípios e regras,¹⁴⁵ conforme se demonstra, esquematicamente, a seguir.

Acolhe uma distinção fraca quem elege o grau de abstração e a generalidade da norma como critérios para separar princípios e regras: aqueles teriam elevado grau de abstração e de generalidade, possibilitando, por isso, um espaço considerável para a subjetividade do aplicador, enquanto estas teriam reduzido grau de abstração e de generalidade, limitando, por isso, o espaço para a subjetividade do aplicador. Por sua vez, acolhe uma distinção forte quem sustenta que o modo de

¹⁴³ Não é objeto desse estudo fazer uma revisão dessa bibliografia.

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Principi Generali di Diritto*. In: **Novissimo digesto italiano**. Torino: UTET, 1957. p. 887-896, v. XIII.

¹⁴⁵ Segue-se a síntese de Humberto Ávila, que denomina as duas correntes de teoria clássica do Direito Público e de teoria moderna do Direito Público, respectivamente, e critica – com razão, a nosso juízo – o uso inconsistente das duas distinções, que leva parte da doutrina, clássica e moderna, a denominar de “princípios” normas que não possuem as características que ela mesma associa a esta espécie normativa (ÁVILA. 2007, p. 84-91).

aplicação e a técnica de solução de antinomias é que diferenciam princípios e regras: aqueles são aplicados mediante ponderação e podem ser concretizados em diferentes graus, enquanto estas são aplicadas por subsunção e concretizam-se ou não.

A distinção fraca é tributária do entendimento de que os princípios expressam os valores mais genéricos, mais amplos, mais gerais da ordem jurídica. Seriam valores jurídicos, que dão origem e servem como fundamento de normas jurídicas, mas com elas não se confundem.¹⁴⁶ Exemplar desse ponto de vista é a seguinte definição:

Princípio de derecho es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de Derecho de una institución jurídica, de un Código o de todo un Derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley o institución de Derecho, el motivo determinante, la razón informadora del Derecho (ratio juris), aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los preceptos particulares, a tal punto, que éstos se hallan con aquélla en la propia relación lógica que la consecuencia al principio de donde se derivan.¹⁴⁷

Por essa perspectiva, pois, a distinção se daria entre princípios e normas, com a consequência óbvia de que princípios não seriam normas. Na melhor das hipóteses, poderiam atuar como tal supletivamente, no caso de se constatarem lacunas no ordenamento jurídico, ao modo do que prevê o art. 4º da LICC (“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”). Como o exemplo evidencia, esta concepção teve sua origem no direito privado.

Na doutrina europeia do pós-guerra, começando pelas obras de Vezio Crisafulli e de Josef Esser, às quais vão posteriormente se somar, dentre outras relevantes contribuições, os aportes do norte-americano Ronald Dworkin e de Robert Alexy, os princípios assumem um novo e relevante papel. Em apertadíssima síntese, essa doutrina salienta a natureza normativa dos princípios, a partir do que preconiza uma distinção qualitativa, analítica, entre princípios e regras, e se preocupa com as

¹⁴⁶ CANOTILHO, [1998], p. 1.034.

¹⁴⁷ DIEGO, *apud* GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: RT, 1990, p. 117. Ressalte-se que este autor referencia a citação aos princípios gerais de direito, que se diferenciam do que ele chama de princípios positivos do direito - que constituem normas jurídicas.

diferenças na aplicação prática de tais normas. José Joaquim Gomes Canotilho acolhe essa concepção - como de resto, praticamente toda a doutrina mais recente - e é particularmente feliz em sintetizar o que restou estabelecido a partir dessa trajetória doutrinária:

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios [...]. Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) **as regras e princípios são duas espécies de normas**; (2) **a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.**¹⁴⁸

Isto é: na verdade, princípios são normas e o que nós podemos e devemos distinguir é entre princípios e regras, como normas jurídicas diferentes. Essa diferença, que é estrutural, vai se evidenciar na forma de sua aplicação. A distinção forte passa a predominar.

A partir dessa nova compreensão do papel dos princípios, torna-se possível, como quer Gomes Canotilho, a compreensão da Constituição como sistema aberto de regras e princípios.¹⁴⁹ Um sistema constituído apenas por regras teria limitada racionalidade prática, na medida em que exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa do mundo e da vida. Conseguir-se-ia, se possível, um “sistema de segurança”, sem qualquer espaço para complementação e desenvolvimento. Já um sistema baseado exclusivamente em princípios também teria conseqüências inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de normas precisas, a coexistência de princípios conflitantes só poderia conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.

O mesmo autor reconhece, porém, que a distinção prática entre princípios e regras é uma tarefa particularmente complexa, para a qual são sugeridos diversos critérios:

¹⁴⁸ CANOTILHO, [1998], p. 1.034. Grifamos.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 1.036-1.037.

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem um grau reduzido de abstração.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação directa.
- c) Carácter de fundamentabilidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes do direito (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) “Proximidade” da ideia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes que se radicam na ideia de “justiça” (DWORKIN) ou de “direito” (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) Natureza normogénica: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante.¹⁵⁰

É fácil constatar que tais critérios, assim enunciados, baralham as distinções fraca e forte entre princípios e regras, revelando-se, pois, francamente insatisfatórios. Ao invés de esclarecer a matéria, reforçam a constatação arguta de Norberto Bobbio de que muitas divergências sobre a natureza, origem e fundamentos dos princípios dependem exclusivamente do fato de que os diversos opinantes se referem, embora usando a mesma denominação, a fenômenos diversos¹⁵¹ - observação que pode ser estendida, sem maiores ressalvas, à distinção entre princípios e regras.

Embora não nos pareça correto, nem possível, elaborar uma distinção absoluta entre essas duas espécies de normas - uma “escala cromática” se afigura uma metáfora mais adequada ao caso do que “separar o joio do trigo” -, é possível identificar algumas diferenças - qualitativas - destacadas pelos autores mais importantes e recolhidas na síntese de Gomes Canotilho:

¹⁵⁰ CANOTILHO, [1998], p. 1034-1035.

¹⁵¹ *Uno dei maggiori risultati raggiunti dalla rinnovata discussione sui principi è certamente la consapevolezza della varietà di forme in cui si presentano, onde si fa strada la convinzione che molte divergenze e sulla loro natura e sulla loro origine e sul loro fondamento dipendano esclusivamente del fatto che i diversamenti opinanti intendono, pur usando la stessa espressione, fenomeni diversi* (BOBBIO, 1957, p. 894).

Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de DWORKIN: *applicable in all-or-nothing at all fashion*); [em segundo lugar] a convivência entre princípios é conflitual (ZAGREBELSKY), enquanto que a convivência entre regras é antinómica: os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Conseqüentemente, [em terceiro lugar] os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”) consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se a regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos. [...] Realça-se também que [em quarto lugar] os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).¹⁵²

Avança-se mais um pouco nesta senda se considerarmos a conceituação proposta por Humberto Ávila, em obra que representa uma genuína contribuição para o esclarecimento do tema:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência [...] entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹⁵³

Por essa perspectiva - que, uma vez contextualizada, se adota -, o devido processo legal parece realmente se identificar como **princípio**, especialmente pelo carácter **finalístico** e **parcial**: finalístico, porque prescreve uma proteção para os direitos de liberdade e patrimoniais em sentido amplo, cuja restrição legítima por ato do poder público passa a depender da observância de um processo previsto em lei com determinadas características; parcial, porque essa proteção é enunciada de forma genérica e o que seja um processo devido fica em grande parte dependendo

¹⁵² CANOTILHO, [1998], p. 1035-1036.

¹⁵³ ÁVILA, 2007, p. 78-79.

da avaliação da eficácia protetiva de determinados procedimentos em um caso concreto.¹⁵⁴ Além disso, é evidente seu caráter de norma jurídica de otimização, bem como as possibilidades de conflito e de ponderação com outros princípios de mesma hierarquia.

2.2.2 Eficácia dos princípios

A identificação do devido processo legal como princípio - ou, melhor dizendo, a identificação da dimensão principiológica do devido processo legal como a predominante - não se esgota em si mesma. A distinção entre princípios e regras, conforme já evidenciado, é estrutural, separando normas construídas e aplicadas segundo diferentes lógicas. Assim, dizer que o devido processo legal é um princípio significa, antes de mais nada, que ele vai ser aplicado de uma determinada maneira, própria dessa espécie normativa. Então, para além de descrever o que é um princípio e enquadrar o devido processo legal na descrição, é de fundamental importância descrever como funciona um princípio - para depois se poder entender como funciona o devido processo legal. Trata-se, pois, de abordar a eficácia dos princípios.

Uma abordagem analítica da eficácia dos princípios envolve duas perspectivas, uma interna e outra externa.¹⁵⁵ Pela perspectiva interna, o foco é a

¹⁵⁴ A característica de parcialidade, no sentido de não determinar antecipadamente, de forma detalhada, qual a conduta a ser seguida para atender ao princípio, suscita observações como a seguinte: “Parece intuitivo que a locução devido processo legal, posto encerrar **conceito jurídico indeterminado** e destarte sujeito a determinação judicial, como, de resto, sói acontecer com a maioria das expressões constitucionais, não apresente sentido e alcance preciso e que seja emergente de sua própria dicção” (CASTRO, 2005, p. 162. Grifamos). Tem-se que esse enquadramento só pode ser tolerado como analogia, pois nada acrescenta à compreensão do princípio em estudo. Para maior aprofundamento sobre a noção de conceito jurídico indeterminado, veja-se CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 116-37, ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1991, p. 392-9, GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: RT, 1988, p. 72-7, e, em especial, COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 (Suplemento), p. 93-106, dez. 2003. A mesma observação aplica-se à designação do devido processo legal como “**cláusula geral**” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, v. 1. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2007, p. 37, grifamos), mais comumente utilizada no direito privado.

¹⁵⁵ ÁVILA, 2007, p. 97-102.

atuação dos princípios sobre outras normas do mesmo ordenamento jurídico. Por se tratarem, conforme salientado, de normas que indicam fins a serem perseguidos, os princípios conferem sentido e valor a outras normas, particularmente às regras, que são normas descritivas - e que, sem a contextualização finalística que decorre da consideração dos princípios, podem ser mal-compreendidas e pior aplicadas. A consideração isolada das regras como fins em si mesmas deu origem a muitas das distorções corriqueiramente imputadas ao positivismo formalista. Fique claro, todavia, que registrar a incidência dos princípios sobre outras normas não implica acolher o famigerado raciocínio “princípios valem mais que regras”.¹⁵⁶

A perspectiva interna comporta, ao menos analiticamente, distinção entre eficácia interna direta e eficácia interna indireta. A eficácia interna direta designa a incidência direta do princípio no caso concreto, sem intermediação de outra norma. Nesse plano, os princípios cumprem função integrativa, “na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras”¹⁵⁷ - ou seja, se uma providência necessária¹⁵⁸ à promoção do fim consagrado por um determinado princípio não estiver contemplada por outra norma conexa de menor amplitude, é lícito fundamentá-la no próprio princípio. Por exemplo, se o regramento de um determinado processo que envolva a possibilidade de restrições a direitos de liberdade ou patrimoniais em sentido amplo não contemplar oportunidade de manifestação do titular dos direitos, será caso de oportunizar a manifestação por incidência direta do princípio da ampla defesa.¹⁵⁹

A eficácia interna indireta designa a incidência indireta dos princípios, com intermediação de outra norma. Nesse plano, os princípios cumprem as seguintes funções: (a) função definitória é própria dos subprincípios, ou seja, aqueles princípios que densificam o conteúdo de um princípio mais amplo - um sobreprincípio - e consiste exatamente na definição mais específica e menos abrangente do comando estabelecido pelo sobreprincípio, como se dá, por exemplo, com os subprincípios da ampla defesa e do contraditório em relação ao devido processo legal; (b) função interpretativa é cumprida com referência às normas de

¹⁵⁶ Raciocínio devida e apropriadamente criticado por Humberto Ávila (p. 90 e 103-108).

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 97.

¹⁵⁸ Atenção, providência **necessária** – não simplesmente útil ou conveniente. Não se deve buscar na função integrativa dos princípios um caminho para contornar regras que não agradem ao intérprete. Tal atitude não passa de uma variante do raciocínio “princípios valem mais que regras”, já criticado em nota anterior.

¹⁵⁹ Ou do devido processo legal, como no exemplo semelhante de Humberto Ávila (ÁVILA, 2007, p. 97), dependendo do conteúdo se lhe atribuir.

caráter menos abrangente, conferindo-lhes interpretação conforme com as finalidades mais amplas reveladas pelos princípios, ampliando ou restringindo os seus sentidos, o que pode ocorrer com freqüência com o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa no que tange a normas processuais específicas; (c) função bloqueadora é uma variante extrema da restrição de sentido de uma norma de caráter menos abrangente, que ocorre quando a incompatibilidade de seu comando com o valor abrigado no princípio impõe que este, em vez daquele, seja aplicado ao caso¹⁶⁰ - *v. g.*, retomando o exemplo utilizado para a função integrativa, o regramento processual oportuniza a manifestação do titular do direito, mas estabelece prazo tão exíguo que a reduz a mera formalidade, caso em que a norma processual será bloqueada para que se assegure, com fundamento na ampla defesa, prazo adequado para que o titular do direito se manifeste.

Registre-se que o exercício da função bloqueadora freqüentemente acabará abrindo caminho, pelo afastamento da norma menos abrangente que se revela conflitante com a promoção do fim abrigado no princípio, a que este também desempenhe, no mesmo caso, função integrativa. Ficando no mesmo exemplo da norma que oportuniza manifestação do titular do direito, mas estabelece prazo exíguo, é óbvio que o simples bloqueio do comando que fixa o prazo, por incompatível com o princípio da ampla defesa, não é suficiente: cumpre que, atribuindo a esse mesmo princípio função integrativa, se assegure ao titular do direito prazo razoável para que se manifeste. Analiticamente, teríamos eficácia interna indireta (função bloqueadora) seguida de eficácia interna direta (função integrativa) do mesmo princípio. Pode ocorrer, porém, que o bloqueio da norma conflitante por si só resolva o problema - por exemplo, quando condicionar a manifestação do titular do direito ao depósito prévio de determinada quantia.

Aos **sobreprincípios** - princípios que atuam sobre outros princípios, como o devido processo legal sobre a ampla defesa e o contraditório - não se reconhece, quando considerados nessa qualidade, função integradora e função definitiva. Em compensação, ao lado das funções interpretativa e função bloqueadora, ainda lhes caberia exercer uma função própria, denominada (d) função rearticuladora, no sentido de que “permitem a interação entre os vários elementos que compõem o

¹⁶⁰ De novo, atenção: **incompatibilidade** – a significar que não há interpretação que compatibilize o comando com a promoção do fim objetivado pelo princípio. Somente nessa situação, devidamente caracterizada, se admite que a eficácia da regra seja bloqueada pelo princípio e dela se extraia, à semelhança da função integradora, comando adequado ao caso concreto.

estado ideal de coisas a ser buscado”.¹⁶¹ Assim, o devido processo legal, enquanto sobreprincípio, enseja o estabelecimento de uma relação dos seus subprincípios da ampla defesa e do contraditório com as regras processuais específicas, propiciando que “cada elemento, pela relação que passa a ter com os demais em razão do sobreprincípio, recebe um significado novo, diverso daquele que teria se fosse interpretado isoladamente”.¹⁶²

Na perspectiva externa, o foco se desloca da incidência dos princípios sobre outras normas jurídicas para a incidência dos princípios sobre a compreensão da matéria fática - isto é, dos fatos e de sua comprovação. Nada há de estranhar nas afirmações de que os fatos também são objeto de interpretação e que esta interpretação se faz à luz da norma jurídica pertinente. Aliás, essa interpretação só em teoria pode ser separada da interpretação da norma: na verdade, “se interpreta o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente”.¹⁶³

Em termos de eficácia externa, se pode distinguir eficácia externa objetiva e eficácia externa subjetiva. A primeira diz respeito à seleção dos fatos considerados relevantes para a solução do caso concreto (eficácia seletiva) e à atribuição de valor a esses fatos pré-selecionados (eficácia valorativa) - novamente, duas operações que somente em tese podem ser separadas, pois a seleção dos fatos já depende do valor que se atribuir a eles e vice-versa: o intérprete não trabalha com fatos prontos, mas os constrói no curso de seu raciocínio, tomando como parâmetro de adequação o ideal decorrente do princípio.¹⁶⁴ Por essa ótica, a proteção dos direitos de liberdade e patrimoniais contra restrições arbitrárias ou desarrazoadas, finalidade do devido processo legal, influencia a seleção e valoração dos fatos sempre que a restrição a direitos estiver em jogo. A segunda designa a virtualidade dos princípios funcionarem como direitos subjetivos, proibindo intervenções estatais nos direitos de liberdade, de uma parte (função de defesa ou *Abwehrfunktion*), e determinando providências no sentido de proteger esses direitos, de outra (função protetora ou

¹⁶¹ ÁVILA, 2007, p. 99.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Humberto Ávila também inclui aqui, como eficácia externa objetiva, uma eficácia argumentativa dos princípios – que, partindo da inatacável premissa de que “os princípios também possuem uma eficácia que, ademais de interpretativa, também é argumentativa” (*Ibid.*, p. 101), parece, entretanto, ter campo de aplicação mais amplo do que a seleção e valoração dos fatos de que trata a eficácia externa objetiva.

Schutzfunktion).¹⁶⁵ Assim, para ficar no mesmo exemplo, pode-se falar em um direito ao devido processo legal.

Partindo desta possibilidade do devido processo legal funcionar como direito subjetivo, não é difícil vislumbrar a possibilidade de que ele possa funcionar igualmente como **regra**. Com efeito, seu conteúdo descritivo é suficiente para fundamentar a invalidação de um qualquer ato que interfira com a liberdade ou o patrimônio sem fundamento legal - mediante, por exemplo, a observância de um processo baseado em uma norma regulamentar *praeter legem*. Afinal, determinar concretamente se um determinado processo é devido pode exigir uma complexa “avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”¹⁶⁶, mas definir, nas mesmas circunstâncias, se um determinado processo é legal exige apenas a constatação de seu amparo - ou não - em lei. Em não existindo este, nada mais é necessário para se concluir pela ilegitimidade do ato por inobservância do devido processo legal - conclusão com a qual não interfere, em termos analíticos, a possibilidade da mesma constatação permitir que se conclua pela ilegalidade em sentido estrito do ato.

Registre-se inexistir qualquer contradição em afirmar que o devido processo legal é um princípio que pode funcionar também como regra. Trata-se de dar conseqüência àquilo que Humberto Ávila denomina “dissociação em alternativas inclusivas”:

Ao invés de *alternativas exclusivas* entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie excluiria a existência das demais, propõe-se uma classificação que alberga *alternativas inclusivas*, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado).¹⁶⁷

Nessa linha de raciocínio se insere a já mencionada possibilidade normativa de utilizar o devido processo legal como sobreprincípio - possibilidade esta que

¹⁶⁵ ÁVILA, 2007, p. 102.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 78-79.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 69.

assume especial interesse no âmbito do direito brasileiro, que, possuindo uma Constituição analítica como a vigente, recheada de garantias processuais explícitas, e leis processuais detalhistas, com pretensão de abrangência¹⁶⁸, se coloca em condição diametralmente oposta ao direito norte-americano, onde as formulações vagas de sua Constituição sintética vão desafiar definição casuística, observada a regra do precedente. Se lá a pesquisa dos precedentes sobre o *due process of law* basta à sua compreensão, aqui a compreensão do devido processo legal passa também pela sua relação com os subprincípios de hierarquia constitucional, notadamente o contraditório e a ampla defesa.

¹⁶⁸ Que não por acaso recebem a denominação de “Códigos”.

3 DIMENSÕES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A terceira parte deste estudo tem por objeto um dos mais comentados temas do devido processo legal, a saber, o exame da reprodução, entre nós, da diferenciação entre *procedural due process* e *substantive due process*, estabelecida ao longo do tempo pela doutrina norte-americana e mencionada pela doutrina brasileira pré-1988 sob as denominações devido processo legal substantivo e devido processo legal procedimental, conforme destacado anteriormente. Cada uma dessas variantes envolve aspectos particulares e costuma ser tratada à parte pela doutrina, quase como se configurassem normas inteiramente diversas. Por essa razão, entendemos de destacar o tema para exame em separado, embora, a rigor, não haja solução de continuidade: continuaremos a tratar da compreensão do conceito de devido processo legal.

Esclareça-se que ter optado pela expressão dimensões do devido processo legal - em vez de formas ou modalidades, por exemplo - é reflexo do entendimento de que a distinção em comento não refere à aplicação de dois conceitos distintos, mas a duas aplicações de um mesmo conceito. O valor por ele resguardado, a protetividade dos direitos,¹⁶⁹ está sempre presente, quer a proteção se mostre em relação à substância do ato restritivo de direitos, quer em relação ao procedimento exigível para a validade do referido ato. Ademais, embora o senso comum distinga sem muitas dificuldades entre substância de um ato como o resultado buscado e procedimento como os passos que levam a esse resultado, a distinção entre valores substanciais e valores procedimentais nem sempre é clara - ou mesmo visível.¹⁷⁰

Posto isso, reitere-se que, na matriz norte-americana é palmar a distinção entre duas dimensões do devido processo, uma procedimental - que “concretiza-se por meio de garantias processuais oferecidas no ordenamento, visando ordenar o procedimento, e diminuir ao máximo o risco de intromissões errôneas nos bens tutelados” - e outra material ou substantiva - que “significa que o Estado não pode, a despeito de observar a seqüência de etapas em um dado procedimento, privar

¹⁶⁹ Para usar a expressão de ÁVILA, 2008, p. 114.

¹⁷⁰ GALLIGAN, 2004, p. 50. Egon Bockmann Moreira, referindo-se à doutrina norte-americana, expressa pensamento semelhante, ao anotar que o *substantial due process of law* é “atualmente indissociável do benefício meramente processual” (MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 212).

arbitrariamente os indivíduos de certos direitos fundamentais”, exigindo “a razoabilidade da restrição”.¹⁷¹

Uma tomada de posição bem clara no sentido da coexistência, também entre nós, das duas dimensões do devido processo legal é encontrável no julgamento da ADI-MC 1.511-7-DF¹⁷². Tratava-se de pedido de medida cautelar em ação voltada à declaração de inconstitucionalidade do art. 3º e parágrafos da Lei nº 9.131/1995, que determinava a realização periódica de avaliações das instituições e cursos de nível superior, incluindo exames nacionais visando a aferir os conhecimentos adquiridos pelos estudantes em fase de conclusão dos cursos de graduação, sendo que sua realização era condição prévia para a obtenção do diploma. O questionamento da constitucionalidade desses dispositivos se fundava explicitamente no seu descompasso com “o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade” e, portanto, “ao princípio do devido processo legal em termos substantivos - C. F., art. 5º, LIV”.

Ainda que não tenha acolhido o pedido, o Relator, Min. Carlos Velloso, inicia seu voto deixando expresso que “a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV do art. 5º, respectivamente”, esclarecendo, com referência ao direito norte-americano, que o “*substantive due process* constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade [...] e de racionalidade”, devendo guardar “um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atingir”, enquanto o “*procedural due process* garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa”. A seguir, focando o devido processo legal substantivo, refere-se ao princípio da razoabilidade e à adoção, “em sentido equivalente” àquele princípio, do princípio da proporcionalidade pelo direito alemão, historiando a aplicação de ambos pela jurisprudência do STF, antes e depois de 1988.

Vários outros precedentes do STF confirmam que o devido processo legal previsto na CRFB é interpretado, à semelhança do que ocorre no seu *habitat* jurídico de origem, como possuindo dois aspectos ou dimensões - e, muito freqüentemente, os julgamentos dão ênfase à dimensão substantiva.

¹⁷¹ LIMA, 1999, p. 200.

¹⁷² STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1.511/DF, relator o Min. Carlos Velloso, j. em 16.10.1996, DJU de 06.06.2003.

Assim, por exemplo, na ADI-MC 1.063/DF¹⁷³, que julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade dos art. 8º, § 1º, e art. 9º da Lei nº 8.713/93, que versava sobre o processo eleitoral de 1994, restou consignado na ementa:

*SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO. Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do *substantive due process of law*.*

Ressalte-se que esse posicionamento coexiste com decisões tomadas com base em puras considerações de razoabilidade ou proporcionalidade, sem referência ao devido processo legal, como na ADI-MC 855/PR¹⁷⁴, que hostilizava lei estadual paranaense que determinava a pesagem de botijões de GLP (gás liquefeito de petróleo) entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor, e na ADI 1.040/DF¹⁷⁵, onde a norma posta em questão foi o art. 187 da Lei Complementar nº 75/93, que exigia

¹⁷³ STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1.063/DF, relator o Min. Celso de Mello, j. em 18.05.1994, DJU de 27.04.2001. No mesmo sentido, STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1.407/DF, relator o Min. Celso de Mello, j. em 07.03.1996, DJU de 24.11.2000, onde, ao indeferir a arguição de inconstitucionalidade do art. 6º da Lei nº. 9.100/95, que vedava coligações partidárias nas eleições municipais de 1996, averbou-se, entre outros fundamentos, que a proibição legal não se revelava “arbitrária ou irrazoável”, estando conforme, pois, “à cláusula do *substantive due process of law*”.

¹⁷⁴ STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 855/PR, relator o Min. Sepúlveda Pertence, j. em 01.07.1993, DJU de 01.10.1993. Conforme o recente Informativo STF nº 497, a ação foi julgada procedente no mérito, tendo a maioria entendido como “caracterizada a ofensa à competência privativa da União para legislar sobre energia (CF, art. 22, IV), bem como violação ao princípio da proporcionalidade” (STF, Tribunal Pleno, ADI 855/PR, relator para o acórdão o Min. Gilmar Mendes, j. em 06.03.2008).

¹⁷⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI 1.040/DF, relatora para o acórdão a Min. Ellen Gracie, j. em 11.11.2004, DJU de 01.04.2005.

dois anos na condição de bacharel em direito como requisito para inscrição em concurso público para ingresso nas carreiras do Ministério Público da União.

Ainda há manifestações que deixam de lado a razoabilidade e identificam o princípio do devido processo legal substantivo com o princípio da proporcionalidade, como se vê no julgamento da IF nº 2.915/SP¹⁷⁶, onde foi negado pedido de intervenção federal no Estado de São Paulo, motivada pela falta de pagamento de precatório, por se entender, dentre outros fundamentos, que a medida não seria proporcional. A identificação entre devido processo legal substantivo e proporcionalidade consta do voto do Relator para o acórdão, Min. Gilmar Mendes:¹⁷⁷

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um *limite do limite* ou uma *proibição de excesso* na restrição de tais direitos.

Por certo, interessa ao pesquisador ir além da proclamação de que as duas dimensões do devido processo legal coexistem no ordenamento jurídico pátrio e que a dimensão substantiva incorpora os exames de razoabilidade e/ou de proporcionalidade. Cumpre indagar como essas dimensões são entendidas e, principalmente, como são aplicadas *in concreto* pelo STF. Para tanto, é essencial a leitura atenta dos acórdãos na íntegra, providência que reforça a constatação de que falta uniformidade na utilização dessas expressões, circunstância nem sempre retratada nas afirmações adiantadas pelas ementas, ora enfáticas, ora vagas.

Tome-se como exemplo o acórdão proferido no já citado julgamento da ADI-MC 1.511/DF - cuja ementa informa a argüição de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.131/95, sob a alegação “de que tais normas são ofensivas ao

¹⁷⁶ STF, Tribunal Pleno, IF nº 2.915/SP, relator para o acórdão o Min. Gilmar Mendes, j. em 03.02.2003, DJU de 28.11.2003.

¹⁷⁷ Conforme, aliás, posição sustentada em trabalhos doutrinários anteriores (MENDES, Gilmar Ferreira. *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Bastos, 1999, p. 35, e *Id.* O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *IOB – Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*, São Paulo, n. 3, p. 23-44, mar. 2000, em especial p. 87). Com menos ênfase, esse entendimento é ratificado em obra recente (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 602-603).

princípio da razoabilidade, assim ofensivas ao *substantive due process* inscrito no art. 5º, LIV, da C.F.” e, a seguir, que o Tribunal entendeu pela irrelevância da argüição. Indo-se adiante, porém, constata-se que, além do Relator, o princípio do devido processo legal foi objeto de exame pelos Ministros Maurício Correa, Sidney Sanches, Moreira Alves e Ilmar Galvão, este último o invocando para conceder a medida cautelar requerida. A esta conclusão aderiram os Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio, baseando-se na razoabilidade, e o Min. Sepúlveda Pertence, fundamentando-se na proporcionalidade. Por fim, o Min. Octávio Gallotti acompanhou o Relator por entender “os textos impugnados como normas logicamente compreensíveis e coerentes com a finalidade de interesse público a que se destinam”.

Devido processo legal substantivo, razoabilidade, proporcionalidade, compreensão lógica, coerência com a finalidade... Essa variedade de argumentos aparentemente díspares, embora não seja de maneira alguma inusitada em uma decisão colegiada, chama a atenção e provoca o questionamento: tratam-se realmente de argumentos diferentes? Ou se trata de um mesmo argumento sob diferentes denominações? Dito de outra forma, as diferenças residem no raciocínio utilizado ou nas palavras empregadas para descrevê-lo? Tais questões precisam ser enfrentadas se quisermos ter clareza sobre o entendimento e a aplicação do devido processo legal pelo STF - e, por conseqüência, no direito brasileiro. Assim, comecemos pela dimensão substantiva.

3.1 DIMENSÃO SUBSTANTIVA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Nos arestos recém-citados, o reconhecimento pelo STF de uma dimensão substantiva do devido processo legal vem associado à utilização da razoabilidade e/ou da proporcionalidade como parâmetros a serem aplicados para a avaliação do ato restritivo de direitos que é objeto do controle. Por vezes, as expressões são utilizadas de forma cumulativa; por outras, de forma intercambiável; e, por outras ainda, como sinônimas.

Para ilustrar o que se afirma: na já citada ADI-MC 855/PR, a ementa expressa o questionamento da constitucionalidade da lei paranaense “fundada nos arts. 22, IV, VI (energia e metrologia), 24 e parágrafos, 25, § 2º, 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos”, que o voto do Relator, Min. Sepúlveda Pertence, explicitamente acolhe - embora sem maior fundamentação. No voto que lançou na ADI 3.324/DF¹⁷⁸, o mesmo Ministro persiste nessa linha de raciocínio, esclarecendo ter proferido seu voto pela interpretação conforme com a Constituição do artigo 1º da Lei nº 9.536/97 “dentro do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade”. Mais recentemente, no RMS 24.232/MG¹⁷⁹, o Relator, Min. Joaquim Barbosa, ao apreciar questão relativa à indicação de membro do Tribunal Regional Eleitoral considerou “razoável e proporcional o critério, fixado pelo constituinte, de dez anos de efetiva atividade profissional como requisito para que advogados possam integrar os órgãos colegiados do Judiciário pelo quinto constitucional”, no que foi acompanhado, à unanimidade, por seus pares.

A menção reiterada do STF a tais parâmetros suscita, naturalmente, interesse em apreender o seu significado, empreitada que já ensejou diversas obras de doutrina que se ocupam de um, de outro, ou de ambos, relacionando-os ou não ao devido processo legal substantivo. As diversas opiniões doutrinárias sobre o tema, portanto, não são uniformes.

Segundo Siqueira Castro, que apresenta uma boa resenha da doutrina brasileira pertinente, a tendência de estabelecer “uma íntima associação entre as cláusulas da razoabilidade e da proporcionalidade” também ocorre na França.¹⁸⁰ De forma semelhante, Luís Roberto Barroso ressalta que “a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade”.¹⁸¹ Em Roberto Rosas, embora proporcionalidade e razoabilidade sejam essenciais à aplicação do devido processo legal, possuem significado distinto, “ainda que se possa subsumir a

¹⁷⁸ STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 3.324/DF, relator o Min. Sepúlveda Pertence, j. em 16.12.2004, DJU de 05.08.2005.

¹⁷⁹ STF, 2ª Turma, RMS 24.232/MG, relator o Min. Joaquim Barbosa, j. em 29.11.2005, DJU de 26.05.2006.

¹⁸⁰ CASTRO, 2005, p. 197, nota 3.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215.

proporcionalidade como elemento da razoabilidade”.¹⁸² Posição aproximada é assumida por Maria Rosynete Oliveira Lima, que as caracteriza como “subprincípios concretizadores do devido processo legal, no seu aspecto substantivo” e assevera que, embora possuam magnitudes diversas, a proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, o que justificaria a utilização intercambiável dos termos.¹⁸³

Caio Tácito, por sua vez, registra “a acolhida dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência de nossos tribunais superiores”, mas reconhece as diferenças de origem e anota que “a rigor, o princípio da razoabilidade filia-se à regra da observância da finalidade da lei que, a seu turno, emana do princípio da legalidade”.¹⁸⁴ Entendimento semelhante, embora desvinculado de consideração da jurisprudência, é assumida por Celso Antônio Bandeira de Mello, que os distingue, mas ressalva: “Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade”. E, igualmente, enraíza ambos os princípios nos dispositivos constitucionais que consagram o princípio da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84 da CRFB).¹⁸⁵

Mas há também quem discorde dessa assimilação. Assim, Willis Santiago Guerra Filho a tacha de “equivoco doutrinário”, uma vez que, além da diferença de matrizes, o “princípio da proporcionalidade tem um conteúdo, não sendo como aquele dito da razoabilidade um princípio negativo”, que se limita a excluir a validade de atos administrativos absurdos ou arbitrários.¹⁸⁶ Igualmente, Luís Virgílio Afonso da Silva assevera que “proporcionalidade, em sentido técnico-jurídico, não é sinônimo de razoabilidade”, desta se diferenciando em sua estrutura e em sua forma de aplicação, e critica com dureza a utilização da sinonímia pela jurisprudência do STF:

¹⁸² ROSAS, Roberto. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 783, p. 11-15, jan. 2001, p. 11.

¹⁸³ LIMA, 1999, p. 287.

¹⁸⁴ TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 43-49, out./dez. 2005, p. 45 e 49, respectivamente.

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 106-108. Citação da p. 107.

¹⁸⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 69, nota 70.

A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *tópos*, com caráter meramente retórico e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula **à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade**, o ato deve ser considerado inconstitucional.¹⁸⁷

Conquanto seja ponderável a observação de Humberto Ávila de que não se pode afirmar que “esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto, e outros equivocados”,¹⁸⁸ parece-nos justa a crítica no que tange à falta de explicitação do porquê e do como se está aplicando este ou aquele princípio e plausível a conclusão de que, muitas vezes, o STF invoca a proporcionalidade como um “apelo à razoabilidade”.¹⁸⁹ Mesmo que essa vagueza possa não prejudicar a busca de uma solução adequada para o caso concreto, é certo que não colabora em nada para o bom entendimento do raciocínio jurídico subjacente à decisão.

Ademais, ainda que seja imperativo observar que o STF já fazia uso da razoabilidade como critério de decisão muito antes de 1988¹⁹⁰ e que, mesmo após, nem sempre a apresente como vinculada ao devido processo legal substantivo, essa vinculação - embora discutível¹⁹¹ - não surpreende, principalmente porque procede, como o próprio princípio e sua duplicidade de dimensões, da matriz norte-americana. Com a proporcionalidade, todavia, a situação é bem diferente: trata-se de uma noção de indubiosa procedência europeia - onde, por sua vez, está ausente a idéia de devido processo legal substantivo, já que a proporcionalidade ocupa o lugar de

¹⁸⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 31. Grifado no original.

¹⁸⁸ ÁVILA, 2007, p. 160.

¹⁸⁹ SILVA, *op. cit.*, p. 31-34. O próprio Humberto Ávila adverte para a necessidade da dogmática jurídica ir além de “afirmar, em flagrante tautologia, que a razoabilidade exige que o aplicador seja razoável” (ÁVILA, Humberto. Razoabilidade: definição e aplicação. OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo** – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 430).

¹⁹⁰ O exemplo mais citado é a Rep. 930/DF (STF, Tribunal Pleno, Rep. 930/DF, relator para o acórdão Min. Rodrigues Alckmin, j. em 05.05.1976, DJU de 02.09.1977). Nesse conhecido julgamento, foi declarada inconstitucional, por maioria de votos, a Lei nº 4.116/1962, que regulamentava a profissão de corretor de imóveis. E o voto do relator é explícito no que tange à razoabilidade: “Ainda, no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não”.

¹⁹¹ Como corretamente observa Luís Roberto Barroso, mesmo sob a vigência da CRFB, a derivação do devido processo legal substantivo não é a única possibilidade de integrar a razoabilidade ao direito constitucional brasileiro (BARROSO, 1990, p. 228).

critério de controle dos atos estatais restritivos de direitos.¹⁹² Assim, mereceria, realmente, ser melhor fundamentada a idéia de que esta decorre daquele - ou, alternativamente, de que se tratem de conceitos equivalentes.¹⁹³

De outra parte, em que pese não seja sequer inusitada a utilização simultânea de técnicas voltadas a uma mesma função, mas de origens diferentes (basta lembrar o nosso sistema de controle de constitucionalidade, que combina o modelo norte-americano de controle difuso e o modelo europeu - também conhecido como austríaco - de controle concentrado), seria de todo conveniente que seus respectivos âmbitos de aplicação fossem melhor delimitados. Essa tarefa assume particular interesse depois de a Lei nº 9.784/99, no seu art. 2º, arrolar tanto a razoabilidade como a proporcionalidade como princípios a serem observados pelo *processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*, com o que, ao menos em termos de direito legislado, ficou estabelecido que se tratam de normas jurídicas diferentes e autônomas.¹⁹⁴

3.1.1 Razoabilidade

Pois bem: o que se entende, para começar, por razoabilidade? “Transparente ou diáfano, à primeira vista, o significado do termo razoabilidade, recobre-se, todavia, inesperadamente, de sombras, quando, numa segunda inspeção, se intenta apanhar o exato perfil do seu conteúdo conceitual”, alerta o Min. Leitão de Abreu no voto que proferiu na Rep. 930-DF, que prossegue com a citação da seguinte

¹⁹² Veja-se, a respeito, HECK, 1995, p. 176-186, e SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. **Interesse Público**, São Paulo, n. 2, p. 93-107, 1999 – que destaca pontos de contato entre a doutrina germânica da proporcionalidade e as noções de *rule of law* e a *fairness* do sistema norte-americano – não com o *due process of law*.

¹⁹³ Conforme sugere Suzana de Toledo Barros, mesmo dando conta da diferença de origem: “O **princípio da proporcionalidade**, a que se faz alusão neste trabalho, como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o **princípio da razoabilidade** dos norte-americanos, desenvolvido mais de meio século antes, sob o clima de maior liberdade dos juízes na criação do direito” (BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 57. Grifado no original).

¹⁹⁴ E a explicação de que esse foi “um recurso significativo de reafirmação do legislador ordinário do princípio constitucional da razoabilidade” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006), francamente, não convence.

passagem de um dicionário jurídico norte-americano: “Não seria razoável esperar uma definição exata do vocábulo razoável”. Nem se tem, fique claro, semelhante pretensão. O que se pretende - e se tem por razoável - é delimitar os sentidos e usos do termo no discurso jurídico.

Com efeito, ainda no voto em referência, consigna-se que, apesar das dificuldades de conceituação, “no uso jurídico, o vocábulo razoável assume por vezes, feição relativa ou particularizada, consoante as circunstâncias do discurso ou a acepção especial com que é empregado”. E é possível fazer uma primeira aproximação do problema a partir da observação de Celso Lafer de que, no “*logos* do Direito é usual a presença da noção de razoável”, noção que traduz algo que, “ainda que não se oponha ao racional, está mais próximo do bom senso da razão prática e do sentido daquilo que é aceitável num determinado meio social e num dado momento”.¹⁹⁵

Racionalidade e razoabilidade não se confundem, pois.¹⁹⁶ E essa distinção não é meramente lingüística, na medida em que a noção de razoabilidade serviu como paradigma para que a Filosofia do Direito do século XX demonstrasse a inadequação tanto da idéia iluminista de um direito natural descoberto e aplicado como produto da razão, quanto de um direito positivo dominado pela racionalidade do legislador, à qual o intérprete devia absoluta submissão.¹⁹⁷ Sob a perspectiva desse paradigma, as soluções jurídicas de problemas humanos concretos, ao contrário, antes de serem racionais, segundo uma perspectiva lógico-subsuntiva, devem ser razoáveis. Tais soluções se cunham à luz de juízos axiológicos que não buscam definir o absolutamente certo ou errado, ou o inequivocamente falso ou verdadeiro, mas encontrar o que se qualifica como justo, sensato, adequado - em suma, o que é razoável.¹⁹⁸

¹⁹⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Schwarcz, 1988, p. 74.

¹⁹⁶ Sequer na linguagem ordinária, como anota José Roberto Pimenta Oliveira (OLIVEIRA, 2006, p. 118). E na linguagem jurídica, com mais razão: “A razoabilidade, indiscutivelmente, é um *plus* em face da racionalidade” (*Ibid.*, p. 180).

¹⁹⁷ LAFER, *op. cit.*, p. 74-76. OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 120-124.

¹⁹⁸ COELHO, Luiz Fernando. **Direito Constitucional e Filosofia da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 168-170. Essa passagem descreve aspectos do pensamento de Luis Recaséns Siches, a quem se deve a lógica do razoável ou *logos de lo razonable* – que propõe, em apertadíssima síntese, uma ontologia do direito fundada numa visão do homem como ser definido pelo livre-arbítrio (RECASÉNS SICHES, Luis. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”**. México: UNAM, 1971, p. 523-528). Embora não haja como, no âmbito desse estudo, aprofundar o tema, o registro se faz necessário. Veja-se, a propósito, o resumo de OLIVEIRA, 2006, 125-130.

Mesmo que essa primeira distinção seja relevante, ainda é necessário refiná-la, para que possamos ir além de utilizar a razoabilidade à maneira de “um *topos* sem estrutura nem fundamento normativo”,¹⁹⁹ que, a rigor, pouco colabora para a compreensão e controle da argumentação jurídica. De fato, o qualificativo “razoável” pode ser aplicado a muitos raciocínios, e muito diferentes, pelo que é necessário chegar a um acordo sobre o que se deve entender por razoabilidade - e, mais importante, sobre o uso do que se entender por razoabilidade. Trata-se, por óbvio, de conferir um sentido objetivo mínimo para o conceito e de explicitar as condições para que seja utilizado, de modo a evitar que sua invocação possa servir como um cômodo álibi para o subjetivismo do intérprete - e, particularmente, do julgador.

Nessa senda, tomemos como hipótese de trabalho a compreensão da razoabilidade proposta por Humberto Ávila.²⁰⁰ Partindo da constatação de que a razoabilidade, no Direito, é usada em vários sentidos, em vários contextos e com várias finalidades, esse autor busca definir sua função, caracterizando-a como um tipo especial de norma, que denomina postulado normativo aplicativo - isto é, uma norma imediatamente metódica que institui os critérios de aplicação de outras normas. Diferentemente dos princípios e das regras, que estabelecem, em relação a um determinado objeto, respectivamente, o dever de promoção de um determinado fim e o dever de adoção de uma determinada conduta, os postulados se situam um nível acima, orientando a aplicação dessas normas. São, portanto, normas sobre a aplicação de normas - ou de forma mais sintética, metanormas.²⁰¹

Esse aspecto merece ser enfatizado: tomando-se a razoabilidade (e a proporcionalidade) como metanorma, no sentido acima indicado, ela não tem aplicação direta à matéria jurídica controvertida. Ao contrário, aplica-se apenas indiretamente, orientando a aplicação das normas que se situam no mesmo nível do objeto. Assim, diferentemente do que se lê, com alguma freqüência, na fundamentação de decisões judiciais, um determinado ato ou uma determinada norma não viola a razoabilidade (ou a proporcionalidade), mas a norma que deixou de ser adequadamente aplicada. Somente por elipse se pode fazer uma afirmação naquele sentido, pois entre a razoabilidade e o objeto do juízo sempre existirão

¹⁹⁹ ÁVILA, 2007, p. 27.

²⁰⁰ *Id.*, 2006, p. 429-439. Mais amplamente, *Id.*, 2007, p. 121-179.

²⁰¹ Que não se confundem, porém, com os já referidos sobreprincípios, que são sobrenormas - também influenciam a aplicação de outras, mas (a) o fazem no âmbito semântico e axiológico e (b) situam-se no mesmo nível do objeto de aplicação (*Ibid.*, p. 122).

outras normas de permeio. Por exemplo, na já citada Rep. 930-DF, a inconstitucionalidade da Lei nº 4.116/1962 não deriva, a rigor, de ter “violado a razoabilidade”, mas de ter restringido inadequadamente - vale dizer, desarrazoadamente - o princípio da liberdade de profissão.

Outra consequência dessa qualificação é relativizar o resultado da controvérsia sobre o fundamento constitucional da razoabilidade (e da proporcionalidade). Normas metódicas integram, certamente, o direito vigente, mas, na medida em que elas não se aplicam diretamente aos casos concretos, será realmente necessário explicitá-las ou reconduzi-las a este ou aquele dispositivo constitucional? Note-se que não se está a questionar possibilidade, nem utilidade, mas necessidade. Para maior clareza, illustre-se a questão: na falta de previsão constitucional sobre razoabilidade ou, para ficar no dispositivo mais invocado, devido processo legal, fica o Poder Judiciário impedido de anular uma restrição desarrazoada a direito? O exemplo da Rep. 930-DF parece indicar que não.

Como quer que seja, identificam-se duas espécies de postulados normativos aplicativos, cada qual atuando de forma diferente sobre outras normas. De um lado, os denominados postulados inespecíficos (ponderação, concordância prática, proibição de excesso, otimização) são aplicáveis sem que se indague sobre os elementos que serão relacionados e sem que se adiante os critérios que deverão ser observados. De outro, os postulados específicos (além da razoabilidade, igualdade e proporcionalidade) somente são aplicáveis na presença de determinados elementos e supõem a observância de critérios determinados.²⁰² A partir daí, pode-se falar em três acepções de razoabilidade enquanto postulado (normativo aplicativo específico), a saber: (a) razoabilidade como equidade, (b) razoabilidade como congruência e (c) razoabilidade como equivalência.

Sinteticamente, em (a) a aplicação da razoabilidade como equidade está condicionada à presença de um conflito entre o geral e o individual, e impõe a harmonização da norma geral com o caso individual, quer presumindo, em relação a este, o que ordinariamente ocorre, quer considerando a sua peculiaridade concreta

²⁰² ÁVILA, 2007, p. 133-152. À consideração da razoabilidade e da proporcionalidade como postulados normativos aplicativos adere explicitamente GRAU, 2005, p. 183-186, com a particularidade de considerar a expressão “um novo nome dado aos velhos e desprezados cânones de interpretação”.

em face da norma genérica;²⁰³ em (b) a aplicação da razoabilidade como congruência está condicionada à presença de um conflito entre a norma e a realidade que ela pretende regular, e exige a adequação entre aquela e o seu suporte empírico, ou entre o critério de diferenciação previsto e a medida adotada; enfim, em (c) a aplicação da razoabilidade como equivalência está condicionada à presença de um conflito entre um critério e uma medida, e implica o estabelecimento de relação de equivalência entre uma e outra.²⁰⁴

A análise de precedentes judiciais, a ser efetuada mais adiante, permitirá a melhor compreensão de cada uma dessas aplicações da razoabilidade. Antes, é conveniente definir também o que se entende por proporcionalidade.

3.1.2 Proporcionalidade

Se a noção de razoável é usual na linguagem do Direito, a idéia de proporção não fica muito atrás. Para Humberto Ávila, trata-se de idéia recorrente “que perpassa todo o Direito, sem limites ou critérios” e desafia definição exata.²⁰⁵ De forma análoga à razoabilidade, entretanto, é possível delimitar os sentidos e usos do termo proporcionalidade no discurso jurídico. E esta segunda tarefa conta com uma vantagem considerável em relação à primeira: enquanto a doutrina norte-americana sobre a *substantive due process clause* e a *reasonableness* se esforça para demonstrar as dificuldades, insuficiências e inconveniências de uma conceituação, a doutrina alemã sobre o *Verhältnismässigkeitsprinzip* transita em sentido oposto, trabalhando duro para estabelecer e refinar elementos que permitam a melhor apreensão possível do conceito.

²⁰³ Nessa acepção, a razoabilidade tem evidente ligação com o conceito aristotélico de equidade como “uma correção da lei onde esta é omissa devido à sua generalidade” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora UNB, 2001, p. 109). Eros Grau vai mais longe, relacionando à equidade aristotélica tanto a razoabilidade como a proporcionalidade (GRAU, 2005, p. 187-189).

²⁰⁴ ÁVILA, 2007, p. 153-158.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 160-161.

Prescindindo de um relato circunstanciado sobre o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário da proporcionalidade no direito alemão,²⁰⁶ impõe-se referir, entretanto, que foi a partir do advento da Lei Fundamental de 1949 e da jurisprudência sobre sua interpretação e aplicação, produzida pelo Tribunal Constitucional Federal, que a proporcionalidade assumiu a relevância que lhe é hoje reconhecida, “sobretudo tocante a matéria de direitos fundamentais e limitações que a esse respeito se faz mister impor à ação do Estado”.²⁰⁷ A síntese de Konrad Hesse, retratando estágio recente deste desenvolvimento, é precisa:

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser **adequada** para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser **necessária** para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser **proporcional** no sentido restrito, isto é, guardar relação adequada como o peso e o significado do direito fundamental.²⁰⁸

Do excerto transcrito se retira que a visão da proporcionalidade assente na doutrina alemã é estrutural e funcional, comportando a dissociação do princípio (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) em três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios: a adequação (*Geeignetheit*), a necessidade (*Enforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*), dissociação esta que busca conferir densidade ao conceito e funcionalidade à sua aplicação.²⁰⁹ Possibilita, de outra parte, o controle desta aplicação em concreto,

²⁰⁶ Tarefa do qual se desincumbe, com louvor, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 314-355. Veja-se também GUERRA FILHO, 2001, p. 63-88 – que, todavia, cai na tentação do superprincípio, ao se referir à proporcionalidade, mais adiante, como o “princípio dos princípios” (p. 265).

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 331.

²⁰⁸ HESSE, 1998, p. 256. Grifado no original.

²⁰⁹ BARROS, 2000, p. 74-76. Trata-se, pelo que se pode apreender, do entendimento dominante. A mesma autora o imputa à “doutrina mais recente, visto que, anteriormente, se confundiam os conceitos. LERCHE, por exemplo, utilizou a terminologia proibição de excesso (*Überrmass*) para rotular o princípio, considerando como seus elementos parciais apenas a necessidade e a proporcionalidade, omitindo o subprincípio da adequação” (*Ibid.*, p. 75). Paulo Bonavides, por outro lado, depois de historiar “as dificuldades terminológicas” que “ainda afligem o princípio da proporcionalidade”, registra que “a ocorrência de sinonímia [...] com respeito aos princípios da proporcionalidade (em sua acepção lata) e de proibição de excesso (*Überrmassverbot*)” também se estende aos seus elementos (BONAVIDES, 1993, p. 324-327). Na doutrina brasileira, vale registrar que Gilmar Ferreira Mendes não apenas utiliza essa sinonímia entre proporcionalidade e proibição de excesso – no que segue CANOTILHO, [1998], p. 259 -, como também dá ênfase aos elementos da adequação e da necessidade (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 311-329).

respondendo à preocupação suscitada pelos críticos da proporcionalidade, a partir de Ernst Forsthoff, de se constituir em uma fórmula vazia que resultava na atribuição, ao aplicador da lei, de um incomensurado e incontrolável arbítrio.²¹⁰

Essa visão da proporcionalidade como paradigma para aferição da legitimidade da limitação de direitos fundamentais por atos do Poder Público é compatível com a sua caracterização dogmática como postulado normativo aplicativo - ou seja, como a razoabilidade, trata-se de uma norma imediatamente metódica que dispõe sobre a aplicação de outras normas, não tendo aplicação direta ao objeto. Não há dúvida de que essa característica comum colabora para a freqüente assimilação recíproca de uma e outra, mas, conforme já esclarecemos, essa não nos parece ser a opção mais acertada. Isso porque a proporcionalidade, enquanto postulado (normativo aplicativo) específico, somente é aplicável na presença de determinados elementos e supõe a observância de certos critérios. E os elementos e critérios respectivos não coincidem com os que ensejam a aplicação da razoabilidade.

De fato, a aplicação do postulado da proporcionalidade pressupõe, como elementos, a existência de uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, isto é, de uma relação meio/fim. Somente se atendida essa premissa é que assumem pertinência os exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, visando a aferir, sucessivamente, se a medida é adequada à promoção do fim, se a medida é a menos restritiva dentre outras que poderiam promover igualmente o fim e se a promoção do fim é de ordem a justificar as restrições de direitos que dela decorrem. Em suma: “Sem uma relação meio/fim não se pode realizar o exame do postulado da proporcionalidade, pela falta dos elementos que o estruturam”.²¹¹ E mais: o fim a ser promovido deve ser empiricamente controlável, de forma a permitir a consideração do meio como causa de sua realização. Por outras palavras, “a relação entre meio e fim é uma relação entre causa e efeito”.²¹²

Exatamente por isso, a proporcionalidade não se identifica com a razoabilidade, pois esta “não faz referência a uma relação de causalidade entre um

²¹⁰ BONAVIDES, 1993, p. 346. Ver também p. 347-352. Entre nós, Eros Grau critica a tendência da doutrina a tomar a proporcionalidade como um princípio superior “que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste” (GRAU, 2005, p. 184).

²¹¹ ÁVILA, 2007, p. 162.

²¹² *Ibid.*, p. 164.

meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade”. Manifesta-se, ao revés, como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade), como dever de harmonização do direito com suas condições externas (dever de congruência) ou como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência). Também não é sinônimo de proibição de excesso, pois o aniquilamento da eficácia de um princípio é vedado mesmo na ausência de um fim externo a ser promovido. Em nenhuma dessas manifestações se identifica uma relação meio-fim.²¹³

Posto isto, torna-se pertinente uma breve explicação sobre cada um dos exames inerentes à aplicação do postulado da proporcionalidade.

O exame de adequação questiona se o meio promove a realização do fim. Mas o que significa dizer, pensando bem, que um meio promove a realização de um fim? Há três respostas possíveis, dependendo da qual aspecto da relação meio/fim for privilegiado: o quantitativo, o qualitativo e o probabilístico. Pelo primeiro aspecto, o meio, em comparação com outros, pode promover mais, menos ou igualmente o fim; pelo segundo, melhor, pior ou igualmente que outros meios; e pelo terceiro, com mais, menos ou igual certeza que outros meios. Entretanto, não é exigível, nesse primeiro passo, que o meio escolhido seja o melhor - o que promove mais, melhor e com mais certeza: basta que seja idôneo à promoção do fim desejado.²¹⁴ Dito de outra forma, só é reprovado nesse exame o meio que comprovadamente não promova o fim.²¹⁵

Não é pouca coisa, se considerarmos que já esse primeiro exame derruba normas e medidas que não contemplem uma relação de causalidade mínima entre meio e fim.²¹⁶ Mas é importante sublinhar, para fins de controle judicial, que o juízo sobre a adequação deve tomar como marco temporal o momento da escolha do meio pelo Administrador ou pelo Legislador, não momento posterior. Nem um nem outro têm condições de prever o futuro, não lhes sendo exigível, pois, que tivessem em conta circunstâncias outras que as existentes no momento em que atuaram. Além disso, reitera-se que o exame de adequação só admite a reprovação de meios

²¹³ ÁVILA, 2007, p. 158-160 e 164-165. Esse autor, que também diferencia proporcionalidade de justa proporção, de ponderação de bens e de concordância prática, admite como plausível, todavia, enquadrar a proibição de excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 165-167.

²¹⁵ BARROS, 2000, p. 78.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 77.

comprovadamente inaptos à promoção do fim. Realmente, a se tomar a sério o princípio da separação dos poderes, o juiz não pode anular a norma ou medida simplesmente questionável, mas apenas a manifestamente inadequada.²¹⁷

Superado o exame de adequação, o próximo é o exame de necessidade, que indaga se o meio escolhido é menos restritivo a direitos fundamentais do que outros que poderiam promover igualmente o fim.²¹⁸ Em outras palavras, a questão é: existem outros meios que, restringindo menos os direitos fundamentais atingidos, possam promover igualmente o fim? Como bem pontua Humberto Ávila, trata-se, na verdade, de um exame em duas etapas: primeira, sobre a igualdade de adequação dos meios, e, segunda, sobre a definição do meio menos restritivo.²¹⁹ Aqui, sob essa dupla perspectiva, se vai mais a fundo na comparação com meios alternativos - que promovem mais, melhor ou mais certamente o fim e que restringem em menor grau direitos fundamentais. Mas vale a mesma advertência quanto à intensidade do controle judicial: somente a existência de um meio, existente à época da ação estatal, manifestamente superior ao eleito, consente na anulação da norma ou medida.²²⁰

Por fim, uma vez aprovado nos exames precedentes, o ato do Poder Público qualifica-se a enfrentar o derradeiro teste da proporcionalidade em sentido estrito, que põe a seguinte questão: o benefício obtido com a atuação estatal compensa o prejuízo que dela decorre? Trata-se, pode-se dizer, de uma avaliação de custo/benefício da norma ou medida sob o aspecto jurídico, assim esquematizado por Suzana de Toledo Barros:

Representando essa situação, ter-se-ia que, se o meio M1 propicia a melhor realização do direito D1, mas impõe uma carga coativa exacerbada ao direito D2, está autorizada uma ponderação entre as vantagens proporcionadas a D1 e o prejuízo a D2, de maneira que o juiz pode concluir pela inviabilidade da medida adotada, em razão da desproporção verificada entre o meio utilizado e o resultado obtido.²²¹

²¹⁷ Trata-se, segundo Humberto Ávila, de um “modelo fraco de controle”, também utilizado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que, para preservar as prerrogativas funcionais dos outros Poderes, realiza um controle de evidência (*Evidenzkontrolle*) e de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) sobre os respectivos atos - e somente anula aqueles cuja inadequação for considerada **evidente e injustificável** (ÁVILA, 2007, p. 167-170).

²¹⁸ Questão que pressupõe a possibilidade constitucional da restrição. Se o Poder Público não estiver autorizado a efetuar-la, o problema não é de proporcionalidade (BARROS, 2000, p. 79-80).

²¹⁹ ÁVILA, 2007, p. 170. Suzana de Toledo Barros, citando LERCHE (2000, p. 79), menciona dois núcleos: “o meio mais idôneo e a menor restrição possível”.

²²⁰ ÁVILA, *op. cit.*, p. 171.

²²¹ BARROS, *op. cit.*, p. 83.

Esclarece a mesma doutrinadora²²² que a idéia central da proporcionalidade em sentido estrito é a equânime distribuição de ônus - idéia que, todavia, indica um objetivo, não o caminho para atingi-lo. Esse caminho passa pela utilização da técnica da ponderação de bens, na qual a margem de valoração do intérprete é, em princípio, bastante ampla -²²³ pois ela exige que se dimensione a importância de valores que se contrapõe, mas não adianta quais os critérios que devem balizar essa operação.²²⁴ Essa circunstância merece atenção, pois põe em risco o significado prático da elaboração relativa à proporcionalidade e a seus elementos.²²⁵

Em sentido semelhante, Gilmar Ferreira Mendes reporta-se a Pieroth e Schlink para dizer que, embora a própria ordem constitucional possivelmente forneça indicações sobre os critérios de ponderação a serem utilizados nesse exame, sempre há o risco e a tentação de substituir a decisão do Poder Público “pela avaliação subjetiva do juiz”, pelo que se procura solucionar a questão com apoio nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, com destaque para o subprincípio da necessidade. Nesse contexto, o exame da proporcionalidade em sentido estrito assumiria um papel residual de “controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*) indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão”.²²⁶

Uma interessante indicação se encontra em Robert Alexy, para quem a proporcionalidade em sentido estrito se deixa formular como uma regra de ponderação, cuja expressão mais simples, no que tange a direitos fundamentais, seria a seguinte: “Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”.²²⁷ Outras indicações devem ser buscadas no direito comparado²²⁸, na doutrina²²⁹ e na jurisprudência do STF, de modo a estruturar essa ponderação final e delimitar o maior ou menor âmbito de controle do Poder Judiciário, atendidas as advertências relacionadas à separação dos poderes.

²²² Ou a idéia de “justa medida” (CANOTILHO, [1998], p. 263).

²²³ *Ibid.*, p. 85.

²²⁴ Nesse sentido, ponderação de bens é noção mais ampla do que razoabilidade ou proporcionalidade (ÁVILA, 2007, p. 143).

²²⁵ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 263.

²²⁶ MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 322-323.

²²⁷ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 74-76, jul./set. 1999.

²²⁸ BARROS, 2000, p. 86-87.

²²⁹ ÁVILA, *op. cit.*, p. 173-175.

3.1.3 Análise da jurisprudência

Postos esses marcos teóricos, estamos aptos a investigar mais aprofundadamente como o STF entende e aplica o devido processo legal substantivo, a razoabilidade e a proporcionalidade. Vejamos.

Retomando o acórdão proferido na ADI-MC 1.511/DF, lê-se que o Relator, Min. Carlos Velloso, entendeu que a exigência legal de que os alunos em fase de conclusão de curso superior prestassem um exame com base nos conteúdos mínimos estabelecidos para cada curso, que serviria como elemento para a avaliação das instituições e cursos de ensino superior, não representa um “ônus descabido, desproporcional e desarrazoado” para os alunos, porque se exige a prestação do exame, não a aprovação. O resultado do exame servirá apenas para avaliação do curso, e, ainda que se possa questionar este meio de avaliação, tal questionamento não basta para entender que a exigência legal viole o princípio da razoabilidade. Vê-se, aqui, claramente, sob a designação de razoabilidade, um raciocínio de proporcionalidade, envolvendo uma relação de meio e fim, que pode ser estruturada, esquematicamente, da seguinte forma: a exigência é adequada - colabora para a avaliação das instituições e cursos de ensino superior -, necessária - não se apresenta qualquer alternativa que propicie o atendimento da finalidade com menor restrição de direitos - e proporcional em sentido estrito - a inconveniência para o aluno é superada pelo ganho para o interesse público, no caso, a avaliação da qualidade do ensino superior.

A situação se repete no voto do Min. Sidney Sanches, que, aceitando a adequação do exame, enfatiza a sua necessidade: “Ora, como avaliar a qualidade de ensino de uma escola, e cuidar de aprimorá-la, sem apurar o grau de aproveitamento dos alunos?”, e argumenta que “recusar-se ao Estado a possibilidade de exigir do aluno que colabore para a avaliação da qualidade do ensino, que lhe é ministrado” equivale a impedir que se cumpram as normas constitucionais que estabelecem o dever do Estado de “zelar pela qualidade do ensino e seu aprimoramento - ou seja, liberar os alunos de prestar o exame implica impossibilitar o Estado de atender seu dever constitucional, pelo que a exigência legal supera também o teste da proporcionalidade em sentido estrito. Todavia, novamente um raciocínio de proporcionalidade passa por ser de razoabilidade, como

se vê da conclusão: “Não me parece, pois, *data venia*, que falte razoabilidade à Lei ora impugnada, de modo a se poder considerar violado, em sua substância, o princípio do *due process of law*”.

No voto vencido do Min. Ilmar Galvão, a inconstitucionalidade decorre da existência de outros meios para fiscalizar as instituições e cursos de ensino superior, que tornaria desarrazoada e desproporcional a imposição da prova aos alunos, pois os resultados da avaliação viriam em detrimento dos alunos das instituições deficientes, cuja existência é responsabilidade governamental. A conclusão é diferente, mas, outra vez, encontra-se um raciocínio de proporcionalidade sob a designação de razoabilidade. Confira-se: embora a exigência seja adequada, não é necessária - pois existem outros meios que se prestam à avaliação das instituições e cursos de ensino superior com menor restrição dos direitos dos alunos -, e principalmente, não é proporcional em sentido estrito - o eventual ganho para a avaliação da qualidade do ensino superior é superado pelo prejuízo sofrido pelos alunos egressos de instituições deficientes.²³⁰

Voto no mesmo sentido - e trilhando o mesmo raciocínio - foi proferido pelo Min. Marco Aurélio, para quem “a Lei ultrapassou o campo razoável da regulamentação da atividade das universidades, para alcançar área diversa, a do interesse daqueles que estão se formando” através de um “vestibular” de fim de curso que não se afigura o meio mais adequado de aferir o desempenho da instituição e ainda poderá repercutir negativamente no futuro do aluno. Note-se que, apesar da menção ao “razoável”, o raciocínio parece ser, salvo engano, de proporcionalidade: ainda que se admita que o meio se presta à promoção do fim almejado - adequação -, ele não é o melhor - necessidade - e, principalmente, traz ao aluno prejuízo superior ao ganho para a avaliação - proporcionalidade em sentido estrito.

Também detectando aparência de inconstitucionalidade, mas de acordo com um raciocínio diferente, o Min. Néri da Silveira afirma que a fiscalização do ensino superior se estabelece dentro de uma relação de administração entre o Poder Público e as instituições de ensino superior, pelo que é de questionável

²³⁰ Criticar a curiosa concepção de igualdade que está na base desse raciocínio não vem ao caso, mas vale destacar que essa concepção possui mais adeptos do que poderia parecer. Veja-se, por exemplo, os ataques que o Exame de Ordem, requisito legal (art. 8º, IV, da Lei nº 8.906/1994) para a inscrição como advogado – que o Min. Sidney Sanches, aliás, cita no seu voto - vem recebendo desde a sua criação, que se baseiam, rigorosamente, nas mesmas premissas: quem já foi prejudicado por ter feito um mau curso não pode ser prejudicado novamente pelas conseqüências de ter feito um mau curso [...].

razoabilidade, especialmente no que tange aos alunos de instituições privadas, exigir-lhes a obrigação de prestar a prova e servir como instrumento de avaliação objetiva da qualidade do ensino, questão que não lhes diz respeito. Aqui, sim, parece haver um raciocínio de razoabilidade - na modalidade razoabilidade enquanto congruência: a exigência do exame atribui uma obrigação sem contrapartida a quem é estranho à relação de administração que se estabelece entre o Poder Público e as instituições de ensino superior.

Raciocínio semelhante é utilizado no voto do Min. Sepúlveda Pertence que, reconhecendo a relevância do interesse público na avaliação periódica da qualidade do ensino superior, se pergunta: “é lícito compelir os estudantes a se prestarem de instrumentos dessa avaliação, quando [a aprovação em] essa prova não lhes é exigida como requisito da graduação?” Sua resposta - não, implicando no deferimento da medida cautelar - é relacionada à “relevância jurídica da invocação do princípio da proporcionalidade”. Melhor se enquadraria, entretanto, como um raciocínio de razoabilidade enquanto congruência, na esteira daquele efetuado pelo Min. Néri da Silveira.

Menos claro é o juízo que se pode fazer a respeito do voto do Min. Octávio Gallotti. Entender “os textos impugnados como normas logicamente compreensíveis e coerentes com a finalidade de interesse público a que se destinam” como fundamento para indeferir a cautelar tanto pode ser entendido como um raciocínio de razoabilidade enquanto congruência, quanto como um raciocínio de proporcionalidade particularmente elíptico. Idêntica consideração vale para o voto do Min. Moreira Alves no mesmo sentido, onde fala de proporcionalidade e razoabilidade, cita precedentes do Tribunal, mas não deixa claro o porquê de considerar que, no caso, a norma impugnada não violava o art. 5º, LIV.

Dessa análise ressaltam dois aspectos merecedores de atenção: primeiro, apesar da evidente inconsistência no uso dos termos razoabilidade e proporcionalidade, é possível identificar em cada voto raciocínios reconduzíveis a um ou outro critério; segundo, embora a escolha do critério determine a estrutura do raciocínio a ser utilizado, não determina o seu conteúdo - exames de proporcionalidade ensejaram conclusões tanto no sentido de constitucionalidade da exigência legal, quanto no de sua inconstitucionalidade. Vale lembrar que, nesse segundo caso, o ônus argumentativo é maior, não apenas em virtude da presunção de constitucionalidade das leis, como ainda em virtude do controle de

proporcionalidade e de razoabilidade só consentir com a invalidação de normas manifestamente desproporcionais ou desarrazoadas. Daí tornar-se mais compreensível o laconismo de alguns votos pela constitucionalidade da norma questionada.

Outro acórdão interessante sobre devido processo legal substantivo, razoabilidade e proporcionalidade foi proferido no julgamento da ADI-MC 223/DF²³¹, que atacava a Medida Provisória nº 173, de 18.3.1990, impeditiva da concessão de “medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias e cautelares” decorrentes das Medidas Provisórias nºs 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168, referentes ao chamado “Plano Collor”.

Nesse julgamento, o Relator original, Min. Paulo Brossard, já no relatório destaca que a fundamentação do pedido de suspensão cautelar da norma impugnada “se resume à ofensa do *due process of law*”. No voto, acolhe em parte o pedido por entender que a restrição à concessão de liminares, embora não seja por si só inaceitável, assim se apresenta no caso, em que se estende a dez outras medidas provisórias, que interferem com direitos individuais assegurados na CRFB, tendo em vista a amplitude e generalidade da restrição. Ademais, oito das medidas provisórias cuja apreciação judicial ficaria limitada envolvem questões tributárias - e, portanto, o direito de propriedade, garantido pela CRFB e do qual o cidadão só poderá ser privado com observância do devido processo legal. E, ainda, impedir a utilização do mandado de segurança pelo cidadão, nesses casos, “é atrofiar o instituto ao ponto de reduzi-lo a um simulacro”.

A análise do voto revela a utilização de dois raciocínios que se complementam em justificação recíproca.²³² Primeiro, a generalidade da restrição é excessiva - e, portanto, ofende a razoabilidade enquanto equivalência: restringir liminares, por si só, é possível, mas não com tamanha amplitude. Segundo, nessa amplitude reside a potencial aniquilação dos direitos fundamentais da propriedade e do mandado de segurança - esbarrando na proibição de excesso. A solução proposta pelo Relator é conceder a liminar para reduzir a restrição, possibilitando a concessão de liminares em mandado de segurança - com o que também afasta sua

²³¹ STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 223/DF, relator para o acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, j. em 05.04.1990, DJU de 29.06.1990.

²³² ÁVILA, 2007, p. 132-133.

aniquilação como garantia constitucional e mantém um meio de defesa urgente para o direito de propriedade.

Na mesma linha de raciocínio segue o voto do Min. Celso de Mello, que também enxerga obstáculo na proibição de excesso, mas em relação ao princípio da proteção judiciária, que “representa, pelo seu caráter global e abrangente, instrumento de defesa da ação de conhecimento, do direito à ação de execução e do direito à ação cautelar”. Assim, a vedação da tutela cautelar “afeta, gravemente, uma das dimensões em que se projeta a atividade jurisdicional, estimula o arbítrio do Estado e elimina um poderoso instrumento de proteção, individual e coletiva, das liberdades públicas”. Por isso, vota pelo acolhimento integral do pedido de suspensão da Medida Provisória.

Prevaleceu no julgamento, entretanto, a posição do Min. Sepúlveda Pertence. Seu voto inicia por reconhecer, no processo cautelar, não apenas a função de tutela das partes, mas uma garantia da jurisdição, com a amplitude prevista no art. 5º, XXXV, e, de outra parte, por admitir a possibilidade de “condicionamentos e limitações legais ao poder cautelar do juiz”. A seguir, destaca que, entre um e outro, há de “interpor-se o exercício de um poder delicadíssimo do Judiciário, que é, pelos mecanismos de controle da constitucionalidade das leis, o de controle da razoabilidade da lei restritiva”. No caso da Medida Provisória nº 173, “o que choca [...] são a generalidade e a imprecisão”, mas, essas mesmas características passíveis de condenar, no mérito, a constitucionalidade da norma, dificultam sobremaneira sua suspensão liminar, em tese, pois casos concretos podem se apresentar em que a restrição legal se afigure razoável. Por isso, o melhor será permitir que a solução se dê caso a caso, no âmbito do sistema difuso de constitucionalidade, sem deferir a medida cautelar requerida.

No contexto do julgamento que acabou por conduzir, o voto é extremamente interessante sob o aspecto analítico, porque reconhece tanto a potencial falta de razoabilidade como equivalência, derivada da excessiva generalidade da restrição e destacada pelo Min. Paulo Brossard, como o perigo de amesquinamento do princípio da proteção judiciária, enfatizado pelo Min. Celso de Mello. Entretanto, em vez de opor à generalidade da restrição uma outra generalidade, sua suspensão em tese, ponderada com o risco de estimular a concessão de liminares, remete a solução ao exame dos casos concretos pelos juízes e tribunais, quando, diante de circunstâncias reais, a restrição deverá superar os testes da razoabilidade enquanto

congruência e da proibição de excesso para ser tida como válida. Solução bastante inspirada, que foi seguida pelos Ministros Sidney Sanches, Octávio Gallotti, Aldir Passarinho, Célio Borja e Moreira Alves.

Este último menciona no seu voto a evolução da doutrina americana na direção de permitir, com base no *due process of law*, a declaração da inconstitucionalidade de leis que “se apresentem de tal forma aberrantes da razão que possam ferir, indiretamente, direitos constitucionais”, situação que não estaria presente na espécie: “parece difícil sustentar-se que vedação de medida liminar quanto a relações jurídicas decorrentes de plano econômico de emergência [...] seja tão aberrante da razão que se afigure desarrazoada”, diante da existência da série de restrições à concessão de liminar já existentes na legislação - ou seja, a norma impugnada é razoável. Além disso, o princípio da proteção judiciária não é atingido na sua essência, pois “o que é vedado é **excluir** da apreciação”²³³ do Poder Judiciário, o que não se daria na espécie - isto é, não incide a proibição de excesso. E, por fim, a concessão da suspensão cautelar ainda não seria conveniente, pois ameaçaria a viabilidade de um plano econômico de emergência, de interesse público “manifesto” - ponderação já presente nos votos dos Ministros Sidney Sanches, Octávio Gallotti e Aldir Passarinho: todos ratificam a possibilidade da lei estabelecer restrições à tutela cautelar e dão especial ênfase ao risco para o interesse público que decorreria da concessão da liminar requerida.

Note-se que, embora não fosse impossível tratar da questão - seguramente, uma das mais delicadas que o STF enfrentou na sua história - em termos de proporcionalidade, os exames inerentes a este postulado normativo ficariam bastante prejudicados pelas sublinhadas generalidade e imprecisão da norma questionada, de um lado, e pela quase que completa inviabilidade de se avaliar a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito do meio eleito pelo Legislador, de outro. Daí os raciocínios utilizados se prenderem à razoabilidade enquanto equivalência e à proibição de excesso, critérios que melhor se prestam ao manejo de situações em que, pelas circunstâncias, o fim alvitrado não se apresenta empiricamente controlável.

²³³ Grifado no original.

Também no julgamento da ADI-MC 1.158/AM²³⁴ a proporcionalidade esteve ausente das considerações do STF, mas por outro motivo, a saber, a ausência de uma relação meio/fim a ser avaliada. Tratava-se de argüição de inconstitucionalidade de norma legal amazonense, que concedia a gratificação de férias a servidores inativos, acolhida pelo Tribunal por ofensa ao “critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do *substantive due process of law*”. Destaca-se do voto do Relator, Min. Celso de Mello, a seguinte passagem:

Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, **na abrangência de sua noção conceitual**, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, **sobretudo**, em sua **dimensão material**, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou **irrazoável**.²³⁵

Em seqüência, entendeu caracterizada a inconstitucionalidade com base na consideração de que a lei estadual era “destituída do necessário coeficiente de razoabilidade” - mas, curiosamente, indeferiu a cautelar por não vislumbrar *periculum in mora*, tendo em vista a vigência da lei há mais de cinco anos. Felizmente, restou vencido no julgamento - e realmente, não parece razoável manter em vigor uma norma que, como assinalou o Min. Sepúlveda Pertence em seu voto, agride “patentemente” ao princípio da razoabilidade, em remunerando férias a quem não as tem. Ao correto reconhecimento, pelo Relator, da falta de razoabilidade enquanto congruência de uma norma que instituiu pagamento destituído de causa²³⁶, se seguiu uma proposta de decisão que violava essa mesma razoabilidade, ao permitir que a norma continuasse em vigor até a decisão final²³⁷ - renovando anualmente o prejuízo ao erário e, como bem observou o Min. Marco Aurélio, sinalizando aos demais Estados que normas semelhantes seriam viáveis.

²³⁴ STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1.158/AM, relator o Min. Celso de Mello, j. em 19.12.1994, DJU de 26.05.1995.

²³⁵ Grifado no original.

²³⁶ ÁVILA, 2007, p. 155.

²³⁷ Que, diga-se de passagem, conforme o sítio do STF, até 29.01.2008 não tinha sido tomada...

A leitura do acórdão - e da petição inicial subscrita pelo Procurador-Geral da República²³⁸ - dá exemplo, ademais, do caráter objetivo do juízo de constitucionalidade suscitado por ADI: a inicial indicava como norma constitucional violada a que instituía a paridade de tratamento remuneratório entre servidores ativos e inativos constante do art. 40, § 4º²³⁹ - em relação ao qual, porém, o Relator não entendeu caracterizada a inconstitucionalidade. Ao pronunciá-la com apoio na falta do “necessário coeficiente de razoabilidade” da lei estadual, entretanto, elaborou uma fundamentação pela metade, pois a razoabilidade, como metanorma, sempre incide sobre outra norma. E qual é a norma constitucional que estava sendo violada por esta falta de razoabilidade? Pode ser, como quer a inicial, a paridade de tratamento entre servidores ativos e inativos desarrazoadamente aplicada pela lei estadual. Ou então, como sugeriu o Min. Sepúlveda Pertence em seu voto, o princípio da igualdade ou - melhor - o da moralidade.²⁴⁰

Norma com o mesmo conteúdo, estabelecida por Resolução do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, na ADI 2.579/ES²⁴¹, foi julgada inconstitucional pelo STF. O Relator, Min. Carlos Velloso, no voto que conduziu o julgamento, se reporta ao precedente estabelecido na ADI-MC 1.158/AM - mas, diferentemente do que ocorreu naquela ocasião, indica como norma constitucional violada pela falta de razoabilidade da regra local a que decorre do art. 7º, XVII, pois “somente faz jus a esse acréscimo o servidor com direito ao gozo de férias remuneradas. [...] Ora, servidor aposentado não tem direito ao gozo de férias, obviamente”. Outra decisão baseada no raciocínio de razoabilidade enquanto congruência, mas sem o déficit de fundamentação detectável no exemplo precedente. Reitere-se, pois: razoabilidade

²³⁸ Peça que, aliás, mais do que sintética, é lacônica, como se vê em: <<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1158&processo=1158>>.

²³⁹ Cujas redação, à época, era a seguinte: Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

²⁴⁰ À mesma crítica sujeita-se o acórdão proferido no julgamento da ADI 2.019/MS (STF, Tribunal Pleno, ADI 2.019/MS, relator o Min. Ilmar Galvão, j. em 02.08.2001, DJU de 21.06.2002), que declarou inconstitucional Lei do Mato Grosso do Sul que estipulava pensão mensal para crianças geradas a partir de estupro, por contrariedade ao art. 5º, LIV, da CRFB, por se entender que o diploma questionado, “ao erigir em pressuposto de benefício assistencial não o estado de necessidade dos beneficiários, mas sim as circunstâncias em que foram eles gerados, contraria o princípio da razoabilidade, consagrado no mencionado dispositivo constitucional”.

²⁴¹ STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1.407/DF, relator o Min. Carlos Velloso, j. em 21.08.2003, DJU de 26.09.2003.

ou proporcionalidade, isoladamente, não são fundamentos idôneos à invalidação de uma norma.²⁴²

Esgotar o repertório de decisões do STF que envolvem a dimensão substantiva do devido processo legal, a razoabilidade e a proporcionalidade exigiria a realização de um estudo próprio, que ganharia em abrangência, mas que, por outro lado, reforçaria a tendência corrente – ainda que, a nosso juízo, equivocada - de tratar as dimensões do princípio como normas diferentes. Feita essa ressalva, porém, convém sintetizar os resultados da análise ora em parte desse repertório.

Assim, em primeiro lugar, verifica-se que, apesar do aparente consenso dos membros do STF sobre o destacado papel do devido processo substantivo e sua relação com a razoabilidade e com a proporcionalidade, um olhar mais demorado sobre acórdãos que invocam esses conceitos revela uma aguda inconsistência no seu uso. Em segundo lugar, mesmo que essa inconsistência seja evidente, a utilização de raciocínios de razoabilidade e de proporcionalidade é bastante freqüente nos votos proferidos pelos Ministros, e a escolha de um ou outro raciocínio não é determinante do seu conteúdo. Em terceiro lugar, embora o raciocínio de proporcionalidade propicie uma argumentação melhor estruturada, o raciocínio de razoabilidade, por possuir maior amplitude, tende a ser utilizado com maior freqüência pelo Tribunal. E, por fim, em quarto lugar, determinadas situações obrigam que a razoabilidade ou a proporcionalidade seja utilizada não apenas na avaliação do caso, mas também na solução aventada – ou seja, também a decisão que for tomada deve ser conforme com a razoabilidade ou com a proporcionalidade.

3.2 DIMENSÃO PROCEDIMENTAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Já se tendo demonstrado que a noção de devido processo legal foi, na sua origem, ligada à observância de determinadas garantias de natureza processual, e que essa dimensão procedimental da garantia, conhecida como *procedural due process* no direito norte-americano, é expressamente reconhecida pela doutrina brasileira e pela jurisprudência do STF, o próximo passo é definir em que consiste o chamado devido

²⁴² ÁVILA, 2007, p. 138.

processo legal procedimental - tarefa que, convém reiterar, assume entre nós contornos bem diversos do que assumiria na perspectiva do direito norte-americano, tendo em vista as peculiaridades de um direito da família romano-germânica e, em especial, as múltiplas garantias fundamentais explicitadas na CRFB. Daí não nos afigurar arrojado trabalhar com a hipótese, que vai na contramão do que prega parte considerável da doutrina brasileira, de que a dimensão procedimental do devido processo legal - embora não encerrando “inescondível redundância”²⁴³ - não tem o mesmo protagonismo que é reconhecido, na origem, *ao procedural due process*.

3.2.1 Devido processo e legalidade

Considere-se, desde logo, a (ultimamente) tão menosprezada garantia da legalidade, nota essencial do Estado de Direito²⁴⁴, prevista como direito fundamental no inciso II do art. 5º da CRFB “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, mas também com desdobramentos e especializações em vários outros dispositivos constitucionais,²⁴⁵ com destaque para o *caput* do art. 37 “A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, sede do chamado princípio da legalidade administrativa.

Como é notório, a legalidade, pela perspectiva da pessoa, significa que a liberdade é a regra e as exceções só podem ser estabelecidas por lei; já pela perspectiva do Estado, significa que ele só pode fazer o que a lei permite, não tendo outra vontade que não a da lei. Considerando a fórmula inscrita no inciso LIV do art. 5º, ainda que se possa considerá-la infeliz²⁴⁶, o devido processo legal acaba por suscitar permanentemente a questão da legalidade.

Essa questão é enfrentada diuturnamente pelo STF, ao decidir sobre a admissibilidade dos recursos extraordinários, nos termos da alínea “a” do inciso III do

²⁴³ TUCCI e TUCCI, 1989, p. 18.

²⁴⁴ SILVA, 2001, p. 423.

²⁴⁵ Arts. 5º, XXXIX, LXVIII, LXIX, 150, I, e 167, entre outros.

²⁴⁶ Conforme se procurou demonstrar no início da parte 2 “Devido processo legal: delimitação conceitual”.

art. 102 da CRFB²⁴⁷, quando a alegada contrariedade à Constituição se refere ao devido processo legal. Nesse contexto, o Tribunal já afirmou, por exemplo, que devido processo legal “exerce-se em conformidade com o que dispõe a lei”,²⁴⁸ que é “o procedimento estabelecido na legislação infraconstitucional”,²⁴⁹ ou, ainda, que é “a garantia da tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei”.²⁵⁰ Portanto, alegações de desrespeito ao devido processo legal, exatamente “por dependerem de exame prévio e necessário da legislação comum”, configuram “ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, o que não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária”.²⁵¹

Esse posicionamento é largamente majoritário na jurisprudência do STF e, curiosamente, mesmo as decisões que discrepam da conclusão pela inadmissibilidade do recurso extraordinário - quase todas relatadas pelo Min. Marco Aurélio - partem da mesma premissa: “A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum”.²⁵² Pode-se dizer, pois, que há quase um consenso entre os Ministros quanto ao princípio do devido processo legal ser concretizado mediante a legislação ordinária de caráter processual - consenso cujo conteúdo, a um primeiro exame, suscita um questionamento quanto ao papel do princípio dentro do ordenamento jurídico pátrio.²⁵³

²⁴⁷ Art. 102 – “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição”.

²⁴⁸ STF, 2ª Turma, AI-AgR 287.731/DF, relator o Min. Celso de Mello, j. em 3.2.2002.

²⁴⁹ STF, 2ª Turma, RE-AgR 289.014/SP, relator o Min. Maurício Corrêa, j. em 30.10.2001.

²⁵⁰ STF, 1ª Turma, RE 268.319/PR, relator o Min. Ilmar Galvão, j. em 13.6.2000.

²⁵¹ STF, 2ª Turma, AI-AgR 571.374/ES, relator o Min. Celso de Mello, j. em 4.4.2006.

²⁵² STF, 2ª Turma, RE 158.655/PA, relator o Min. Marco Aurélio, j. em 20.08.1996. No mesmo sentido, entre outros, STF, 2ª Turma, RE 247.262/BA, relator o Min. Marco Aurélio, j. em 13.02.2001. Como nota Simone Schreiber, esse entendimento de que o desrespeito a regras processuais configura, quando muito, ofensa indireta à Constituição, faz com que a jurisprudência do STF sobre o aspecto procedimental do devido processo legal, firmada após a CRFB, refira-se “preponderantemente à matéria criminal e administrativa” (SCHREIBER, Simone. A norma do devido processo legal em seu aspecto procedimental e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 815, 26 set. 2005, nota 7, p. 11. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7334>>. Acesso em: 14 jan. 2007).

²⁵³ Talvez por isso, as decisões mais recentes têm evitado esse tipo de consideração. Veja-se, por exemplo, STF, 2ª Turma, AI-AgR 607.146/AM, relator o Min. Eros Grau, j. em 28.11.2006: “As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame prévio de normas inferiores, podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição”, ou STF, 1ª Turma, RE-AgR 444.811/MG, relator o Min. Carlos Britto, j. em 21.02.2006: “Alegada ofensa às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. As ofensas à Carta de Outubro, se existentes, dar-se-iam de modo reflexo ou indireto, o que não autoriza a abertura da via extraordinária”.

De fato, parafraseando Francisco Campos, dizer que o devido processo deve ser legal, para quem já está adstrito pela CRFB, por força do princípio da legalidade, a agir de acordo com a lei, resultaria em um princípio supérfluo e destituído de qualquer significação -²⁵⁴ o que vale, inclusive, para situações nas quais o devido processo legal é invocado para dizer que a exigência (legal, art. 2º da Lei nº 8.437/1992) de oitiva do representante judicial da pessoa jurídica de direito público previamente à concessão de liminar deve ser cumprida²⁵⁵ ou que a regular tramitação do recurso extraordinário implica na chegada dos autos ao Tribunal - o que, mais do que legal, é óbvio.²⁵⁶ Em tais contextos, a referência, freqüentemente destacada, ao devido processo legal como dever de seguir a legislação processual pertinente, parece mais um ornamento do que um fundamento da decisão.

Tratar-se-ia, porém, na maioria das vezes, de uma conclusão injusta. É evidente que essas referências não querem significar que a eficácia do princípio do devido processo legal se esgota na exigência de que a interferência na esfera jurídica da pessoa seja precedida de um processo prestabelecido em lei - embora semelhante exigência seja um acréscimo não desprezível ao sistema constitucional de garantias fundamentais, uma vez que a legalidade normalmente é entendida, entre nós, em um sentido estático, como fundamento, não em um sentido dinâmico, como processo. Além disso, sob essa perspectiva se legitima a idéia de um “direito à emanção de normas jurídicas concretizadoras do devido processo legal”, cujo desatendimento implicaria “inconstitucionalidade por omissão”,²⁵⁷ apesar das conhecidas dificuldades que os instrumentos constitucionais voltados ao suprimento dessa categoria de inconstitucionalidade enfrentam na prática.²⁵⁸

Mas deve ficar bem claro que não basta o processo ser legal para que seja devido. O processo será devido se, além de legal, for um processo adequado à “realização do ideal de protetividade dos direitos” -²⁵⁹ ou seja, nas palavras de Gomes Canotilho, “a pessoa tem direito não apenas a um *processo legal*, mas sobretudo a um

²⁵⁴ CAMPOS, 1956, p. 18.

²⁵⁵ STF, Tribunal Pleno, Pet-AgR 2.066/SP, relator o Min. Marco Aurélio, j. em 19.10.2000.

²⁵⁶ STF, 1ª Turma, AC-AgR 1.409/SP, relatora a Min. Cármen Lúcia, j. em 28.11.2006.

²⁵⁷ BERARDI, 2006, p. 268.

²⁵⁸ Veja-se, por todos, BARROSO, 1990, p. 246-263. Entretanto, a conclusão de que “o mandado de injunção já cumpriu seu papel histórico” parece ter sido desmentida por decisões recentes do STF, como as proferidas no MI 670/ES (STF, Tribunal Pleno, MI 670/ES, relator o Min. Gilmar Mendes, j. em 25.10.2007) e no MI 712/PA (STF, Tribunal Pleno, MI 712/PA, relator o Min. Eros Grau, j. em 25.10.2007).

²⁵⁹ MATTOS, 2003, p. 268.

processo legal justo e adequado".²⁶⁰ Nesse caso, o exame da legislação processual também será realizado, mas não somente para aferir a sua observância no caso concreto, mas também a sua compatibilidade com as exigências substantivas do devido processo legal, que demandam das normas processuais ordinárias o respeito aos direitos fundamentais de liberdade e patrimoniais da pessoa.

É o que se vê, por exemplo, no julgamento do RE 158.655/PA²⁶¹, onde o Relator, Min. Marco Aurélio, asseverando que a conclusão sobre o respeito aos princípios da legalidade e do devido processo legal "passa necessariamente, pelo confronto das premissas do acórdão impugnado com preceito de lei ordinária", deu provimento ao recurso extraordinário, por entender que "não se configura o devido processo legal quando o Estado-juiz parte para posição extravagante, deixando de proceder à entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa possível" - consubstanciada, na espécie, por decisão do TST que inadmitiu recurso de revista sem explicitar as razões de entender não configurada a divergência jurisprudencial alegada pela parte e rejeitou embargos de declaração voltados a esclarecer o julgado. O voto do Relator conduziu decisão unânime no sentido de anular o acórdão proferido nos embargos e determinar que outro fosse prolatado, "emitindo o Tribunal entendimento explícito sobre o que veiculado no recurso da União".

Do ponto de vista prático, pois, a consideração substancial do devido processo legal faz muita diferença, na medida em que estabelece um parâmetro para a aferição da constitucionalidade das leis processuais, quer para declarar a inconstitucionalidade de normas que contrariem o ideal de um processo adequado à proteção dos direitos da pessoa, com ou sem redução de texto, quer para, quando possível, conferir-lhes interpretação conforme com esse ideal constitucional - ou, até mesmo bloquear a aplicação de norma legal inadequada. Todos casos de eficácia interna indireta, em que a incidência do princípio é mediada por outras normas.²⁶² Por outro lado, esse parâmetro também pode desempenhar uma função integrativa,

²⁶⁰ O conhecido doutrinador lusitano coloca essa distinção como resultando de concepções contrapostas de devido processo: a exigência de que a privação de direitos seja feita segundo um processo especificado em lei derivaria de uma concepção processual (*process oriented theory*), enquanto a exigência de que esse processo seja materialmente informado por princípios de justiça proviria de uma concepção substantiva (*value oriented theory*). Conforme CANOTILHO, [1998], p. 450.

²⁶¹ STF, 2ª Turma, RE 158.655/PA, relator o Min. Marco Aurélio, j. em 20.08.1996. É certo que a questão poderia ter sido resolvida da mesma forma com base no dever de motivação das decisões judiciais, constante do art. 93, IX, da CRFB. Mas a compreensão desse dever é enriquecida pela visão de conjunto e sentido de finalidade propiciada pela noção de devido processo legal, conforme se sustenta mais adiante.

²⁶² ÁVILA, 2007, p. 98.

incidindo diretamente no sentido de suprir omissões da lei processual que prejudiquem a adequação do processo - e aí o caso será de eficácia interna direta.²⁶³

Um exemplo dessa função integrativa pode ser colhido do julgamento do RE 413.327/BA²⁶⁴: em processo de cassação de vereador, a Câmara Municipal deliberou pela realização de votação secreta, mas a realizou mediante a distribuição prévia de duas cédulas a cada vereador, uma contendo a palavra “sim” e outra a palavra “não”, sem que existisse um recipiente para recolhimento dos votos não utilizados - o que propiciava a possibilidade de conferir qual havia sido o voto de cada vereador. Por isso, o acórdão decretou a nulidade da decisão da Câmara de Vereadores que cassou o mandato do vereador, com base em raciocínio que a ementa bem resume:

Adotado formalmente pela Câmara de Vereadores o sigilo como regra do processo de cassação do mandato de vereador, é indispensável a previsão de mecanismo apto a assegurar, com plena eficácia, que os votos sejam proferidos de forma sigilosa, sob pena de violação do princípio do devido processo legal.

Isto é: tendo havido decisão formal no sentido da realização de votação secreta sobre a cassação do mandato, a observância do devido processo legal implicaria na tomada de providências que assegurassem o sigilo da votação, mesmo na ausência de deliberação expressa ou de previsão regimental nesse sentido. A falta de tais providências fragilizou o sigilo e, com isso, desatendeu o princípio constitucional.

Outro exemplo, recente, se encontra na decisão monocrática que deferiu medida cautelar no MS 26.358-MC/DF²⁶⁵, para o efeito de suspender processo de Tomada de Contas Especial instaurado pelo TCU contra a impetrante, ressalvada à autoridade coatora “a possibilidade de autorizar a pretendida produção de prova pericial” - cujo indeferimento, por falta de previsão legal ou regimental, ensejou o ajuizamento da ação mandamental. Em outras palavras, embora a processualística do TCU não preveja a

²⁶³ ÁVILA, 2007, p. 97, fala, aqui, de eficácia direta do princípio, oferecendo o seguinte exemplo: “se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo – mas elas são necessárias -, elas deverão ser garantidas com base direta no princípio do devido processo legal”.

²⁶⁴ STF, 2ª Turma, RE 413.327/BA, relator o Min. Joaquim Barbosa, j. em 14.12.2004.

²⁶⁵ STF, MS 26.358-MC/DF, relator o Min. Celso de Mello, decisão proferida em 27.02.2007.

possibilidade de produção de prova pericial, o Relator, Min. Celso de Mello, condicionou o seguimento do processo de Tomada de Contas Especial à realização da referida prova, “como direta emanção da própria garantia constitucional do *due process of law* (CF, art. 5º, LIV)”. Vale transcrever, pela explicitude com que atribui função integrativa ao princípio, passagem da fundamentação:

Isso significa, pois, que assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do “*due process of law*” (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inclusive o direito à prova), consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos LIV e LV.

Na verdade, este é um daqueles casos nos quais o princípio exerce uma função bloqueadora prévia à função integrativa, na medida em que os processos administrativos de controle de contas (ou processos de fiscalização²⁶⁶) são eminentemente documentais (art. 163 do Regimento Interno do TCU, para ficar no caso concreto) e não comportam, estruturalmente, a dilação probatória pretendida pela parte e deferida pelo Relator.²⁶⁷

3.2.2 Devido processo, contraditório e ampla defesa

A referência expressa ao contraditório e à plenitude de defesa traz à baila uma segunda situação onde, à primeira vista, não se consegue vislumbrar grande ganho com o devido processo legal, a saber, quando o princípio é invocado como argumento para a aplicação de garantias de natureza processual explicitadas pela CRFB em dispositivos autônomos, tais como a igualdade das partes (“A igualdade

²⁶⁶ Como sugere MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: RT, 2003, p. 336-350.

²⁶⁷ É, pois, um bom exemplo de eficácia interna do princípio do devido processo legal, mas, a nosso juízo, uma má decisão: sempre restaria à parte, em se entendendo prejudicada pelo julgamento administrativo, o inobstaculizável acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB) – aliás, expressamente ressalvado na Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/1992, art. 6º).

das partes é imanente ao *procedural due process of law*²⁶⁸), o juiz natural (“Impossibilidade de realização do devido processo legal, dado que um dos componentes deste, o juiz natural, conceituado como juiz com garantias de independência, juiz imparcial, juiz confiável, não existe, no caso”²⁶⁹) ou a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente (“A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras”²⁷⁰). Considerando o disposto no art. 5º, caput, e incisos XXXVII, LIII e LVI, da CRFB, em qualquer desses exemplos, a garantia do devido processo legal poderia não existir e a decisão - salvo melhor juízo - não poderia ser diferente.²⁷¹

Esse questionamento merece especial ênfase no que respeita às garantias do contraditório e da ampla defesa, em relação às quais o devido processo legal é um recém-chegado na história constitucional brasileira. Com efeito, a “mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela” já estava assegurada aos acusados pela Constituição de 1891²⁷² e a determinação de que a “instrução criminal será contraditória” foi agregada pela Constituição de 1937²⁷³. Há que se reconhecer, entretanto, que tais garantias tinham seu alcance limitado, antes de 1988, aos acusados em processo penal. Sua junção em um mesmo dispositivo e sua extensão à totalidade do processo judicial e ao processo administrativo representam, como a inscrição da garantia do devido processo legal, inovações trazidas pela CRFB (art. 5º, LV). Dessa linha evolutiva parece decorrer, em primeiro lugar, a acentuada tendência doutrinária e jurisprudencial de tratar tais garantias em conjunto, salientada, dentre outros, por Maria Rosynete Oliveira Lima:

²⁶⁸ STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1.753/DF, relator o Min. Sepúlveda Pertence, j. em 16.04.1998.

²⁶⁹ STF, Tribunal Pleno, Rcl 417/RR, relator o Min. Carlos Velloso, j. em 11.03.1993.

²⁷⁰ STF, 2ª Turma, relator o Min. Celso de Mello, RE 251.445/GO, j. em 21.06.2000.

²⁷¹ A mesma observação se aplica em relação aos julgados do STJ destacados em MATTOS, 2003, p. 269.

²⁷² Art. 72, § 16: “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas”.

²⁷³ Art. 122, 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”.

Existe hoje uma certa unanimidade na doutrina e na jurisprudência nacionais considerando as garantias do contraditório e da ampla defesa, ambos explicitados no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, como instrumentos realizadores do devido processo legal.²⁷⁴

No bojo desse tratamento conjunto, por sua vez, sobressaem outras duas decorrências: a primeira consiste em atribuir um destaque desmedido à cláusula do devido processo legal, apresentando o contraditório, a ampla defesa e todas as demais garantias constitucionais do processo como deduções ou detalhamentos que, a rigor, nem precisariam de previsão explícita - pensamento que, embora apareça na sua versão mais radical em Nelson Nery Junior,²⁷⁵ possui muitos outros simpatizantes, como por exemplo, Paulo Fernando Silveira, que assevera que “a ampla defesa faz parte do conceito do devido processo legal”²⁷⁶; a segunda, mais sutil, revela-se na influência das garantias processuais penais na construção conceitual da cláusula, que é aplicada e explicada, por vezes, sem muita consideração às peculiaridades das esferas cível e administrativa. Uma passagem do voto do Min. Celso de Mello, no recém-citado MS 26.358-MC/DF, ilustra bem todas essas decorrências:

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

De fato, o excerto inicia por atribuir ao *due process of law* um “conteúdo material” repleto de “elementos essenciais à sua própria configuração”, em cuja

²⁷⁴ LIMA, 1999, p. 265. O mesmo parecem pensar ÁVILA, 2008, p. 112, e SCHREIBER, 2007, p. 4.

²⁷⁵ NERY JUNIOR, 2002, p. 32.

²⁷⁶ SILVEIRA, 2001, p. 327.

enumeração encontramos majoritariamente garantias do processo **explicitadas** na CRFB (art. 5º, XXXV, LXXVIII, LV, XXXIX, XL, “*caput*”, LXI, LXXIV, LIII, LXIII, e art. 93, IX) - ou seja, não são apenas o contraditório e ampla defesa que decorrem do devido processo legal, mas **todas** as garantias constitucionais do processo, **inclusive** o princípio da proteção judiciária! Um segundo exame destaca, entre os ditos “elementos essenciais”, expressões (acusação, defesa técnica, auto-incriminação) e garantias próprias do **processo penal** (itens “e” e “j”). E o exame do contexto a que se refere a decisão revela que o caso concreto ao qual está sendo aplicado esse amplo e absorvente conceito de devido processo legal com matizes penais é um **processo administrativo** de controle de contas - no qual o devido processo legal, por óbvio, não pode ter a mesma compreensão que no processo judicial, que dizer no processo penal.

Existe, quanto ao ponto, precedente específico do próprio STF, que, ao julgar o MS 24.691/DF²⁷⁷, rejeitou a alegação de ofensa a direito líquido e certo do impetrante pela condução do processo administrativo de tomada de contas sem a devida defesa técnica, assentando que a tomada de contas é procedimento administrativo e é “certo que a extensão da garantia do contraditório (C.F., art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial, em que é indispensável a atuação do advogado”. E, mais ainda, o entendimento da inexigibilidade da observância do contraditório e da ampla defesa nos casos em que o Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo que lhe atribui o art. 71, III, da CRFB, aprecia a legalidade da concessão de aposentadoria ou pensão, afirmado em vários precedentes²⁷⁸, hoje decorre do texto da Súmula Vinculante nº 3²⁷⁹:

²⁷⁷ STF, Tribunal Pleno, MS 24.691/DF, relator o Min. Carlos Velloso, j. em 24.11.2004, DJU de 04.02.2005.

²⁷⁸ Cite-se, entre outros: STF, Tribunal Pleno, MS 24.728/RJ, relator o Min. Gilmar Mendes, j. em 03.08.2005, DJU de 09.09.2005; STF, Tribunal Pleno, MS 25.440/DF, relator o Min. Carlos Velloso, j. em 15.12.2005, DJU de 28.04.2006 e STF, Tribunal Pleno, MS 25.409/DF, relator o Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15.03.2007, DJU de 18.05.2007.

²⁷⁹ Aprovada na Sessão Plenária de 30.05.2007 e publicada no DJU e no DOU de 06.06.2007. É certo que a Súmula determina a observância do contraditório e da ampla defesa pelos Tribunais de Contas, resultando a exceção do entendimento de que o ato concessão de aposentadoria ou pensão é ato complexo, que só se torna definitivo após a apreciação da legalidade pelo Tribunal de Contas. Veja-se crítica a esse entendimento em MAFFINI, Rafael da Cas. Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 10, p. 143-163, jul./set. 2005.

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

E, entretanto, é possível se chegar ao mesmo resultado de conferir eficácia integrativa ao princípio, através da incidência de seus subprincípios definidores, sem incorrer em deformações dessa ordem, como se vê no julgamento do MS 23550/DF²⁸⁰: tratava-se de ação impetrada por empresa vencedora de licitação junto à Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA, com contrato já celebrado e em começo de execução, contra decisão do TCU que determinou à SUFRAMA que anulasse a licitação e o contrato celebrado com a licitante vencedora, sem que essa tivesse sequer tido ciência da instauração do processo administrativo. Divergindo do Relator original, Min. Marco Aurélio, que concedia a segurança por suposta incompetência do TCU para determinar a anulação da licitação e do contrato resultante, o Min. Sepúlveda Pertence, embora reconhecendo a competência constitucional da Corte de Contas, entendeu incidentes as “garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis”. Nessa linha de raciocínio, votou por “anular o processo a partir da remessa do TCU, inclusive, a fim de que seja intimada a interessada, ora impetrante”, no que foi acompanhado por todos os demais Ministros, à exceção do Relator original.

Em vão se procurará no voto que conduziu o julgamento passagens que endossem a exaltação do devido processo legal em detrimento de outras garantias constitucionais do processo ou que desconsiderem estar em apreciação um processo administrativo - e um processo administrativo de controle de contas, que é

²⁸⁰ STF, Tribunal Pleno, MS 23.550/DF, relator para o acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, j. em 04.04.2001, DJU de 31.10.2001.

um processo peculiar.²⁸¹ Muito pelo contrário: parte-se do contido no art. 5º, LV, da CRFB, que “processualizou a atuação administrativa, sempre que se cuide de decidir conflito atual ou potencial de interesses” ao assegurar o contraditório e a ampla defesa, afirma-se que “a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de manifestar[-se] e produzir ou requerer a produção de provas” seriam deveres elementares que decorrem daquelas garantias, que, se devem ser observadas nos procedimentos administrativos comuns, com mais razão devem sê-lo no exercício das “funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase-jurisdicional” - independentemente da existência de previsão na Lei Orgânica do TCU, “dada a incidência direta, na hipótese, das garantias constitucionais do devido processo”. Ou seja, mesmo destacando o contraditório e a ampla defesa, também não se descarta de alertar que tais garantias são elementos do conceito mais abrangente a que se refere o inciso LIV do art. 5º.

Outro precedente em que aparece bem posta a relação entre o devido processo legal e outras garantias constitucionais é o acórdão que decidiu a ADI-MC 1055/DF²⁸², que suspendeu os §§ 2º e 3º do art. 4º da Medida Provisória nº 427, de 11.02.1994, reeditada pela Medida Provisória nº 449, de 17.03.1994, convertida na Lei nº 8.866, de 11.04.1994, que dispôs sobre o depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública. Segundo seu art. 1º, tinha-se por depositário da Fazenda Pública “a pessoa a que a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro, e recolher aos cofres públicos, impostos, taxas e contribuições, inclusive à Seguridade Social”, ao passo que seu art. 4º dispunha sobre uma ação cujas regras processuais previam, na hipótese de não haver recolhimento ou depósito do “valor do imposto, taxa ou contribuição descontado ou recebido de terceiro, com os respectivos acréscimos legais”, a decretação da prisão (§ 3º) e da revelia (§ 4º) do depositário infiel. O STF considerou

²⁸¹ Como bem assinala o Min. Carlos Britto, em artigo de doutrina “os processos instaurados pelos Tribunais de Contas têm a sua própria ontologia. São **processos de contas**, e não processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos. [...] as Instituições de Contas não julgam da própria atividade *externa corporis* (que assim procede são os órgãos administrativos), mas da atividade de outros órgãos, outros agentes públicos, outras pessoas, enfim. Sua atuação é consequência de uma precedente atuação (a administrativa) e não um proceder originário. E seu operar institucional não é propriamente um tirar competências da lei para agir, mas ver se quem tirou competências da lei para agir estava autorizado a fazê-lo e em que medida” (BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. **Interesse Público**, São Paulo, n. 13, p. 177-187, 2002. Citação da p. 186).

²⁸² STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1055/DF, relator o Min. Sidney Sanches, j. em 16.06.1994, DJU de 13.06.1997.

que tais conseqüências atentavam contra “os seguintes princípios e/ou garantias constitucionais”:

a) do inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal”; b) do inciso LV do art. 5º da C.F., que assegura “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral” “o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”; c) do inciso XXXV do art. 5º da C.F., que não permite se exclua da apreciação do Poder Judiciário a alegação de lesão ou ameaça de direito; d) o da independência do Poder Judiciário, como instituição (art. 2º da C.F.) e do Juiz, como órgão de sua expressão, obrigado a fundamentar suas decisões, inclusive os decretos de prisão (inciso IX do art. 93 da C.F.), não apenas com base no que a lei permite, mas no seu livre convencimento jurídico, inclusive de ordem constitucional.

A decisão foi tomada por maioria, mas, com exceção do Min. Francisco Rezek, que deferia o pedido de liminar em menor extensão, todos os demais votos foram no sentido de deferi-lo em maior extensão, o que está longe de ser surpreendente: as normas processuais estabelecidas pela Lei questionada ilustram com perfeição o argumento de que um processo pode ser legal - isto é, previsto em lei - e não ser devido - ou seja, não proteger adequadamente os direitos de liberdade e propriedade. E isso se dá, principalmente, através da restrição ao contraditório e à ampla defesa, que só se estabelece se comprovado o depósito da importância pretendida pelo Fisco: sem isso, prisão e revelia - com decretação compulsória, ofendendo o princípio da proteção judiciária e, ainda, a independência do Poder Judiciário e de seus membros, conseqüência do princípio fundamental da separação dos poderes.

No âmbito desse estudo, duas observações se impõem sobre o precedente em análise. A primeira delas é que se trata de um bom exemplo de função bloqueadora do princípio do devido processo legal - ou, em se desejando maior precisão, do devido processo legal através das garantias do contraditório e da ampla defesa. Veja-se que, no caso, o bloqueio das normas legais incompatíveis com a noção de processo protetivo de direitos esgota a incidência do princípio, sem dar lugar à criação de normas adequadas por meio de uma subsequente função integrativa. A segunda observação diz respeito à proximidade entre as dimensões substancial e procedimental do princípio: quando se trata de decisão proferida em

sede de ADI, declarando a inconstitucionalidade de normas processuais, estar-se-á tratando de incidência do devido processo em sentido substantivo ou em sentido procedimental? Ambas as alternativas estão corretas, pois o princípio é um só, serve sempre à mesma finalidade, ainda que possa atuar de mais de uma maneira.²⁸³

A consideração autônoma das garantias constitucionais do processo, articuladas de acordo com a noção ampla de um processo adequado, que lhes dá sentido, parece ser uma abordagem mais promissora do que a sua concorrente, que tende a dissolvê-las no corpo de uma “supergarantia” auto-suficiente. Não é necessário, pois, optar entre os extremos de exaltar o devido processo legal como garantia processual que dispensa todas as outras ou de o considerar como acréscimo redundante em face das garantias constitucionais mais específicas. Nesse sentido, algumas interessantes indicações podem ser colhidas na doutrina peninsular sobre a cláusula constitucional do processo justo, de inserção relativamente recente na Constituição italiana.²⁸⁴ Além de se tratar de um direito da mesma família romano-germânica, lá, como aqui, o texto constitucional vigente optou, na sua redação original, por previsões analíticas de garantias processuais específicas para diversas situações.²⁸⁵

Pois bem: segundo respeitáveis autores, o que faltava no direito constitucional italiano era exatamente uma fórmula concentrada e sintética equiparável ao *due process of law*, como a do *giusto processo* que passou a constar do novo art. 111 da Constituição.²⁸⁶ Assevera Nicolò Trocker que essa fórmula dá expressão à exigência de coordenar sistematicamente entre si as diversas garantias referentes ao processo e de render homogêneas e interdependentes as respectivas concretizações aplicativas. E mais: nesse sentido, contém uma indicação fundamental de método, evidenciando que as garantias constitucionais do processo necessitam de uma

²⁸³ Bem observa Simone Schreiber: “Em verdade, apesar de identificar campos distintos de atuação nas dimensões substantiva e procedimental, a norma do devido processo legal sempre traz subjacente a idéia de refrear interferências injustas, arbitrárias, ou desarrazoadas nos bens tutelados” (SCHREIBER, 2007, p. 1)

²⁸⁴ “Il 7 gennaio 2000 è entrata in vigore la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 intitolata “inserimento dei principi del giusto processo nell’art. 111 della costituzione” (TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in matéria civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, anno LV, n. 2, p. 381-410, Giug. 2001. Citação da p. 381).

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 410.

²⁸⁶ Nesse sentido, antes da alteração constitucional, COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, anno LII, n. 3, p. 887-938, Sett. 1998, especialmente p. 938.

interpretação e reconstrução que não as tome como entidades em si estanques, mas saiba colher seu significado relacional.²⁸⁷

Por essa perspectiva, a recorrente citação do devido processo legal junto a outras garantias constitucionais que seriam bastantes em si para solucionar os casos em exame assume um novo aspecto: **o devido processo legal comparece na condição de fórmula-síntese da proteção constitucional da liberdade e dos bens da pessoa, articulando as outras garantias constitucionais com vista a esse fim último que lhes é comum.** Do ponto de vista analítico, a norma funciona, em tais circunstâncias, como sobreprincípio, uma vez que atua sobre outros princípios, como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural e a motivação das decisões, exercendo a peculiar função rearticuladora que se reconhece aos sobreprincípios. A “interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado”,²⁸⁸ orientada pelo devido processo legal, confere a cada elemento um significado novo, que não se evidenciaria a partir de sua consideração isolada.

Admitir que o devido processo legal, no papel de sobreprincípio, dá um sentido de finalidade última para a incidência concreta de outras garantias processuais inscritas na CRFB e que essas garantias devem ser articuladas de forma a realizar, em cada caso concreto, o ideal de protetividade dos direitos da pessoa, é muito diferente, pois, de considerar que o contraditório, a ampla defesa e todas as demais garantias constitucionais do processo sejam meras deduções ou desdobramentos necessários do devido processo legal. Pelo contrário, esses subprincípios desempenham importante função definitória do conteúdo do devido processo legal, explicitando, com conceitos de maior densidade semântica, que elementos o compõe na sua configuração constitucional concreta.²⁸⁹ Em outras palavras, a consideração sistemática dos subprincípios e de sua relação com o sobreprincípio permite que se diga que o devido processo legal, no ordenamento

²⁸⁷ TROCKER, 2001, p. 410.

²⁸⁸ ÁVILA, 2007, p. 98-99.

²⁸⁹ Em sentido semelhante, Maria Rosynete Oliveira Lima critica o “atrelamento do princípio do devido processo legal a outro enunciado principiológico, como, por exemplo, devido processo legal e contraditório”, comum na doutrina brasileira, afirmando, com inteira razão, que “os princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, e outros, não são corolários, deduções, ou conseqüências do princípio do devido processo legal, mas princípios, que têm um grau de concretização mais elevado e que são chamados a concretizar o devido processo legal; daí chamá-los de subprincípios, e não subespécies do devido processo legal”. Este, por sua vez, “assumiria a função de uma ‘idéia directiva’”, no sentido que lhe é atribuído por LARENZ, 1997, p. 676-677, “indicando a direção aos subprincípios e lhes servindo de base”. Essa relação, enfim, não se dá em mão única, mas em um duplo sentido, com o princípio sendo esclarecido pelas suas concretizações, e estas pela sua adequação ao princípio (LIMA, 1999, p. 180-181).

jurídico brasileiro, apresenta determinado perfil que lhe é próprio - e que é diferente do *due process of law* norte-americano.

Essa diferença de perfis decorre das diferentes características de cada ordenamento, às quais já fizemos referência.²⁹⁰ Entre nós, a definição constitucional, como subprincípios, de elementos do devido processo legal limita significativamente o espaço deixado para a interpretação jurisprudencial, mesmo que proveniente do STF. O *due process of law* estabeleceu-se no direito constitucional brasileiro desacompanhado de sua famosa indeterminação: aqui, não há jurisprudência que possa, por exemplo, dizer que há devido processo legal sem contraditório e ampla defesa. Daí a tendência de invocar em conjunto essas garantias. Além disso, nossa afinidade com leis e garantias processuais expressas colocam o devido processo legal no fim – e não no começo – da análise da legitimidade de um ato estatal que interfira com direitos subjetivos: primeiro se confere sua legalidade, depois sua compatibilidade com as garantias constitucionais específicas, e só após superadas essas etapas se convoca o devido processo legal.

Sobre a função definitiva dos subprincípios do contraditório e da ampla defesa, importante contribuição foi aportada pelo Min. Gilmar Mendes, no voto que proferiu no MS 25.787/DF²⁹¹. Tratava-se de ação impetrada por empresa aérea contra decisão do Presidente da República que, em processo administrativo, indeferiu recurso hierárquico e, por consequência, manteve decisão que declarou a caducidade da concessão outorgada para a prestação de serviço de transporte aéreo. A impetrante alegava violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois não teria sido comunicada da instauração do processo administrativo, nem de qualquer ato nele praticado. Ao votar pela denegação da segurança, o Relator entendeu que tinham sido asseguradas ao impetrante, no caso em exame, todas as garantias da ampla defesa e do contraditório, a saber, informação sobre os atos produzidos no processo, manifestação sobre seu conteúdo e consideração de seus argumentos pela autoridade administrativa.

Salientou ainda que o contraditório e a ampla defesa não se limitam a assegurar, no processo judicial como no administrativo, simples direito de manifestação, mas uma **pretensão à tutela jurídica**, na qual estariam contidos os seguintes direitos da parte:

²⁹⁰ Ver subparte 1.2, *in fine*.

²⁹¹ STF, Tribunal Pleno, MS 25.787/DF, relator o Min. Gilmar Mendes, j. em 08.11.2006, DJU de 14.09.2007.

1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte -Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 85-99).

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtenspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 97).

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional — BVerfGE 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 97).²⁹²

Recordando-se que os dois primeiros deveres - na perspectiva do Estado - ou direitos - na perspectiva do litigante - já haviam merecido destaque no julgamento do MS 23.550/DF, cuja ementa os qualifica como os “mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa”, o acréscimo relevante nessa manifestação fica por conta do direito do litigante de ver seus argumentos considerados - ou, pela perspectiva inversa, pelo dever do Estado de tomar em consideração os argumentos apresentados.²⁹³ Com efeito, de nada adiantaria assegurar a ciência e oportunizar a manifestação da parte, inclusive quanto às provas, se fosse para ignorar os argumentos apresentados. Daí a importância,

²⁹² Idêntica passagem pode ser encontrada no voto que o Ministro proferiu no MS 24.268/MG, ao qual já fizemos referência, e, com mínimas alterações de formatação, em obra de doutrina na qual figura como um dos autores (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 524-525).

²⁹³ Com menos destaque, o voto traz um interessante argumento adicional, no sentido da instrumentalidade do contraditório e da ampla defesa. Segundo o Relator, “é preciso ponderar se a eventual restauração do processo administrativo, com a conseqüente repetição de todos os atos supostamente eivados de nulidade, como alega a impetrante, teria o condão de produzir uma decisão de conteúdo material diverso do que foi adotado”, pois lhe pareceu que “a eventual concessão da ordem, nos termos em que requerida, produziria apenas uma inútil repetição de atos que culminariam, em qualquer hipótese, na mesma decisão, qual seja, a destituição da impetrante do status de concessionária do serviço de transporte aéreo”. Também os votos do Min. Joaquim Barbosa e do Min. Sepúlveda Pertence, sem acolher esse argumento, fazem referência à falta de prejuízo decorrente de irregularidades na instauração do processo administrativo, uma vez que não prejudicaram a defesa da impetrante.

ratificada pela doutrina alemã colacionada no voto, do dever do julgador - que, mais uma vez, corresponde a um direito da parte - de fundamentar a decisão, objeto de previsão constitucional expressa no que tange ao Poder Judiciário (art. 93, IX e X, da CRFB), mas que também se estende à Administração, como consectário da ampla defesa.²⁹⁴

Conforme ressaltado quando tratamos da eficácia dos princípios, uma abordagem analítica do tema envolve uma perspectiva interna - que foca a atuação dos princípios sobre outras normas do mesmo ordenamento jurídico - e uma perspectiva externa - onde o exame se desloca para a incidência dos princípios sobre a compreensão da matéria fática. Na segunda, os fatos relevantes para o desate do caso concreto são objeto de interpretação, que se faz à luz da norma jurídica pertinente. Um bom exemplo dessa eficácia externa, no que tange à aplicação do princípio do devido processo legal, pode ser encontrada no acórdão do STF que decidiu o AI 529.733/RS²⁹⁵.

As circunstâncias da causa são peculiares: em ação ordinária que transitou nos Juizados Especiais Federais, foi lançada sentença que, a par de julgar procedente em parte o pedido, consignou expressamente que as partes poderiam recorrer no prazo comum de 10 dias, mediante a simples expressão “apelo”. Intimada, uma das partes, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, lançou nos autos a expressão “apelo” - e a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio Grande do Sul não conheceu do recurso, por entender incabível procedimento recursal consistente na “simples oposição da expressão ‘apelo’ aos autos”. Negou provimento, também, aos embargos de declaração manejados pelo INSS visando reabertura do prazo recursal. Seguiu-se recurso extraordinário, invocando afronta aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, e agravo de instrumento contra a decisão que lhe negou trânsito, por ausência de prequestionamento.

Então, como assinalado pelo Relator, Min. Gilmar Mendes, a questão central a ser resolvida pelo STF era saber “se a mera anotação da expressão ‘apelo’ seria suficiente para materializar o recurso” - isto é, que valor se deveria conferir a este fato: se aquele previsto na sentença, de manifestação recursal válida, ou se aquele

²⁹⁴ Nesse exato sentido, MOREIRA, 2003, p. 332-335.

²⁹⁵ STF, 2ª Turma, AI 529.733/RS, relator o Min. Gilmar Mendes, j. em 17.10.2006, DJU de 01.12.2006.

que lhe havia atribuído a Turma Recursal, de desconsideração “do trabalho de cognição realizado pelo juiz”, inapto a ensejar o reexame da decisão de 1º Grau. Da interpretação que se atribuisse ao fato em destaque dependeria, pois, o destino da pretensão recursal do INSS. No caso, a interpretação foi orientada explicitamente pela consideração do princípio do devido processo legal.

Invocando esse princípio, o Relator consignou que, além de assegurar “que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas”, dele também se extrai “uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais”.²⁹⁶ Assim, embora o CPC enumere requisitos para a apelação, não atendidos no caso concreto, impunha-se a consideração, como “elemento diferenciador”, da prescrição expressa da decisão de 1º Grau de que as partes poderiam recorrer mediante a simples expressão “apelo”, com implícita remissão à fundamentação anteriormente apresentada. E desta consideração, orientada pela “realização do devido processo legal”, resultou o provimento do agravo, convertido em recurso extraordinário e acolhido, para determinar o retorno dos autos à Turma Recursal, com intimação do INSS para emendar o “recurso inominado” no prazo legal.

Temos que essa valorização da boa-fé processual decorrente do devido processo legal, que levou o STF a valorizar a confiança do recorrente no heterodoxo procedimento recursal estabelecido na sentença, poderia ser reprisada com proveito no que toca à interpretação de outros fatos geradores de controvérsia. Por exemplo, desde que o Poder Judiciário passou a disponibilizar informações processuais através de rede própria de computadores ou via *internet* avolumam-se os casos de atos processuais praticados fora de prazo, por partes que confiaram em informações, colhidas em tais sistemas informatizados, que acabaram se revelando inexatas. E, de forma algo surpreendente, tantas foram as decisões que negaram conhecimento ao ato praticado ou, mesmo, a restituição de prazo, com apoio no argumento, formalmente inatacável, de que as informações processuais “prestadas via *internet* têm natureza meramente informativa, não possuindo, portanto, caráter oficial” e que, portanto, “eventual erro ocorrido na divulgação destas informações não configura justa causa para efeito de reabertura de prazo nos moldes do art. 183,

²⁹⁶ Veja-se, em sentido semelhante, as considerações de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sobre o que denomina “princípio da colaboração” (OLIVEIRA, 2004, p. 127).

§ 1º, do CPC”, que o STJ, no julgamento do EREsp 503.761/DF,²⁹⁷ pacificou sua jurisprudência neste exato sentido [...].

Restou superada a posição divergente que sustentava - a nosso ver, com melhor razão - que as informações “prestadas pela rede de computadores operada pelo Poder Judiciário são oficiais e merecem confiança”, configurando-se como justa causa, nos termos do art. 183, § 1º, do CPC e ensejando devolução do prazo à parte²⁹⁸. Como bem asseverado pela Min. Eliana Calmon, em voto proferido no REsp 713.012/DF,²⁹⁹ “se o Tribunal dispõe do serviço de publicação pela *internet*, é um contra-senso não aceitar os registros ali contidos”, pois a “modernidade e a velocidade das práticas provocadas pela tecnologia não podem dificultar a vida dos jurisdicionados, ou criar neles a incerteza de buscarem sempre a confirmação do que está na publicação eletrônica pelo Diário Oficial”.

Possivelmente em razão do dissenso girar em torno da interpretação do dispositivo do CPC já mencionado, não se encontrou decisão do STF sobre a matéria³⁰⁰ - que, na ausência de uma interpretação orientada pelo princípio do devido processo legal, acabará sendo resolvida pelas disposições uniformizadoras da Lei nº 11.419/06, que trata do sistema de informatização dos processos judiciais. Pelo menos é o que se espera.³⁰¹ É de se lamentar, entretanto, que essa solução chegue tarde para todos aqueles que confiaram nas informações processuais disponibilizadas pelo Poder Judiciário através de rede própria de computadores ou via *internet* e foram traídos por dados inexatos.

²⁹⁷ STJ, Corte Especial, EREsp 503.761/DF, relator o Min. Felix Fischer, j. em 21.09.2005, DJU de 14.11.2005. Não se encontrou decisão do STF sobre o tema, o que era previsível em face da discussão se dar em torno de dispositivo específico do CPC.

²⁹⁸ Nesse sentido, entre outros, STJ, 1ª Turma, REsp 390.561/PR, relator o Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 18.06.2002, DJU de 26.08.2002, e STJ, 2ª Turma, REsp 557.103/MG, relator o Min. Franciulli Neto, j. em 01.04.2004, DJU de 09.08.2004.

²⁹⁹ STJ, 2ª Turma, REsp 390.561/PR, relatora a Min. Eliana Calmon, j. em 21.06.2005, DJU de 12.09.2005. Curiosamente, a decisão foi pelo improvido do recurso, pois “não está autorizada pelo CPC” que se considerem “as informações eletrônicas para efeito de intimação”.

³⁰⁰ No HC 87927/SP, o Min. Marco Aurélio votou vencido pela concessão da ordem, argumentando que conferia “veracidade ao que lançado no sítio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo” – o que implicava reconhecer a intempestividade do recurso especial apresentado pelo Ministério Público (STF, 1ª Turma, HC 87927/SP, relatora a Min. Carmen Lúcia, j. em 10.10.2006, DJU de 02.02.2007).

³⁰¹ Já que, a julgar pelo decidido no AgRg no REsp 957633/RS - que entendeu inaplicável a contagem do prazo recursal na forma prevista no seu art. 4º, § 4º -, ainda não foi resolvida (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 957633/RS, relatora a Min. Eliana Calmon, j. em 12.02.2008, DJU de 21.02.2008).

3.2.3 Devido processo e inafastabilidade do controle jurisdicional

Uma premissa bastante elementar sobre processo deve ser recordada desde logo: o processo, em sentido amplo, é um meio de realização do direito. Quando uma sociedade cria uma ordem jurídica, através dela define o que é **direito** - no sentido do que se entende por justo e correto. Essa definição enraíza-se em uma determinada visão de mundo e nos valores que a ela se associam, em uma determinada cultura e história, em uma determinada concepção de bem comum. Partindo dessas premissas, as normas jurídicas são criadas para o bem da comunidade e no seu interesse. Dentro de uma perspectiva democrática, aliás, são criadas pela própria comunidade, que através delas persegue aqueles fins que deliberou serem os seus. Nesse sentido, que é o mais tradicional, Carlos Ari Sundfeld assevera que “o valor do processo é o de realizar concretamente decisões já tomada pela lei” já que “norma é abstrata e não atinge os indivíduos concretamente”. Sem o processo, “há o risco de as decisões concretas não realizarem o que abstratamente a lei previu. Então, o processo é o meio técnico de realização da legalidade”.³⁰²

Porém, na medida em que essas normas vinculam os membros da comunidade, elas também vão definir como eles serão tratados quando incidirem em comportamentos normatizados juridicamente. Então, enquanto meio - não o único, por certo - de realização do direito, o processo, em suas diferentes manifestações, diz tanto com o atingimento de fins, quanto com o tratamento que deve ser dispensado às pessoas envolvidas. Basta pensar na legislação sobre infrações de trânsito, que tanto procura dissuadir comportamentos perigosos por parte dos condutores de veículos, quanto dispor sobre o tratamento a ser dispensado aos infratores - não contemplando, por exemplo, a execução sumária daqueles que reincidirem em infrações consideradas graves. Há, portanto, duas perspectivas diferentes de compreensão do processo: como forma de realizar os fins comunitários contemplados na ordem jurídica e como tratamento adequado dos membros da

³⁰² SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006. Citações da p. 45.

comunidade. Um devido processo deve ser satisfatório de acordo com ambas as perspectivas.³⁰³

Essa duplicidade de perspectivas é ressaltada, em outros termos, por Ada Pellegrini Grinover: recordando a advertência de Liebman sobre o perigo do unilateralismo, próprio de quem examina um instituto de acordo com um determinado ponto de vista, ela adverte que esse risco existe quando se analisam as garantias do devido processo legal. De fato, essas garantias podem ser vistas, por uma ótica individualista, como direitos do indivíduo, mas também podem ser vistas, por uma ótica publicista, como garantias de um processo adequado³⁰⁴, no sentido de processo apto a produzir uma decisão justa, que é de interesse geral. Assim, um enfoque completo e harmonioso do devido processo legal não deve se limitar ao aspecto subjetivo, devendo se estender ao aspecto objetivo.³⁰⁵

Posto isso, interessa chamar a atenção para a tendência de parte da doutrina brasileira pós-1988 de, partindo da indiscutível aplicabilidade do devido processo legal ao processo administrativo, advogar que a este, quando envolver conflito de interesses, são aplicáveis exigências procedimentais equivalentes àquelas do processo jurisdicional, desconsiderando as peculiaridades do processo administrativo, em especial as que decorrem da previsão normativa contida no inciso XXXV do art. 5º da CRFB (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

A norma constitucional em questão se insere em uma tradição que remonta à Constituição de 1946, cujo art. 141, § 4º, dizia: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Pontes de Miranda, embora a considerasse princípio intrínseco à sistemática constitucional de 1891 e de 1934, aplaude a inovação, que lhe parece “a mais típica e prestante criação de 1946”.³⁰⁶ Esse juízo de valor é reproduzido nos Comentários à Constituição de 1967, onde ele passa a designar o conteúdo idêntico do art. 150, § 4º, como expressando o “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”,

³⁰³ GALLIGAN, 2004, p. 32.

³⁰⁴ Convém esclarecer que essa autora adota um conceito muito amplo de “garantia”, que consistiria em “todo e qualquer instrumento necessário à concretização dos direitos declarados pela Constituição” (GRINOVER, 1990, p. 83).

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 1-2. Em sentido convergente, Sérgio Luís Wetzel de Mattos salienta que as garantias constitucionais do processo “não servem apenas aos interesses das partes, mas salvaguardam o próprio processo, entendido como método para o legítimo exercício da função jurisdicional” (MATTOS, 2003, p. 223).

³⁰⁶ MIRANDA, 1953, p. 140.

salientando que “no sistema jurídico brasileiro, o controle judicial vai muito mais longe do que nos outros sistemas jurídicos, inclusive no dos Estados Unidos da América”.³⁰⁷ José Afonso da Silva, se referindo ao inciso XXXV do art. 5º da CRFB, o denomina “princípio da proteção judiciária” e registra o alargamento do seu alcance - que, de um lado, generaliza a possibilidade de ação preventiva à lesão de direito, e, de outro, não mais se restringe literalmente a direitos individuais.³⁰⁸ Do dispositivo em vigor ele retira não apenas o direito de ação, mas também o de defesa, bem como o direito a um devido processo, na linha de José Frederico Marques, embora registre a explicitação dessas garantias processuais nos incisos LIV e LV do mesmo artigo.³⁰⁹

Portanto, como quer que se designe a norma constitucional que tem seu núcleo no inciso XXXV do art. 5º da CRFB - e princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional nos parece ser a denominação mais expressiva -, é certo que, por mais que se queira transpor o modelo processual judicial em sua inteireza para a atividade administrativa, é forçoso que se tome em consideração a **possibilidade praticamente inexorável de controle judicial** - e, portanto, de **novo processo** - dos atos administrativos que afetem direitos - tomados, aqui, na sua acepção mais ampla. Vigora no Brasil, a partir da Constituição de 1891, o sistema de jurisdição uma,³¹⁰ sistema este que só veio a ser reforçado com o advento da CRFB.³¹¹

Então, a se tomar a sério uma interpretação sistemática da CRFB, com a necessária compatibilização entre o processo administrativo e o processo judicial, sob o aspecto objetivo, de duas uma: ou a utilização do modelo processual judicial

³⁰⁷ MIRANDA, 1953, p. 98.

³⁰⁸ Atendendo à justificada crítica de José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema de “efetividade do processo”. In: **Temas de direito processual (terceira série)**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-42, especialmente p. 32-33), entre outros, sobre ser insatisfatória a formulação anterior.

³⁰⁹ SILVA, 2001, p. 433-435.

³¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, p. 65-77, jan./mar. 1998.

³¹¹ Vale lembrar que a CRFB também ampliou o alcance do princípio em causa na medida em que eliminou a restrição agregada pela EC nº 7, de 13.04.1977, ao art. 153, § 4º, da EC nº 1/69, condicionando o ingresso em juízo “a que se exauram previamente as vias administrativas desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido”, bem como eliminou o ensaio de instituição de contenciosos administrativos, sem caráter jurisdicional, introduzido pela mesma EC nº 7 nos arts. 111, 203 e 204 daquela Carta. Tais dispositivos abriam a possibilidade de sua criação por lei ordinária, com competência para julgamento de litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas, bem como de questões fiscais, previdenciárias e de acidentes do trabalho. Sobre o tema, consulte-se MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Contencioso administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

na atividade administrativa implica uma restrição no âmbito do controle jurisdicional, ou não há como exigir que o devido processo legal seja observado com demasiado rigor. Em outras palavras, deve se estabelecer uma **relação inversa** entre observância rigorosa do devido processo legal no processo administrativo e profundidade do controle jurisdicional da decisão resultante, sob pena de injustificável *bis in idem*. Por esta perspectiva, convém que se repensem determinadas transposições defendidas, por vezes com inegável brilho, pela doutrina nacional mais recente.

Um exemplo refere-se à exigência incondicional de recursos das decisões administrativas - e fique claro o alcance de nossa discordância: a previsão de recursos nos processos administrativos **deve** ser a regra, até mesmo porque, como lucidamente observa Carlos Ari Sunfeld, “recurso - bem como o próprio procedimento - não existe exclusivamente para garantia do administrado”, mas, igualmente, “para assegurar que a decisão seja o mais possível ajustada à lei, o que é o único interesse da Administração”.³¹² Porém, entender que a possibilidade de recurso seja, em todos os casos, indispensável à conformidade do processo administrativo com o devido processo legal é ir longe demais na “jurisdicionalização do processo administrativo”³¹³, máxime quando é notório que a existência de uma garantia constitucional de duplo grau de jurisdição não é aceita irrestritamente pelo STF sequer em relação ao processo judicial, conforme decidiu ao julgar o RHC 79.785/RJ³¹⁴. Confira-se parte da ementa:

EMENTA: I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença

³¹² SUNDFELD, Carlos Ari. A defesa nas sanções administrativas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 298, p. 99-106, abr./mai./jun. 1987. Citação da p. 106.

³¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais e princípios de Direito Administrativo no quadro das garantias constitucionais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 387, p. 3-22, set./out. 2006. Citação da p. 4. Registre-se, entretanto, que a Lei 9.784/1999 garante, no âmbito da Administração Pública Federal, o direito “à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações que de litígio”. Mas aí se trata de exigência legal, não de interpretação da CRFB.

³¹⁴ STF, Tribunal Pleno, RHC 79.785/RJ, relator o Min. Sepúlveda Pertence, j. em 29.03.2000, DJU de 23.05.2003. Na doutrina, ver o bem fundamentado ensaio de Oreste Nestor de Souza Laspro, que nega fundamento constitucional ao duplo grau de jurisdição (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Garantia do duplo grau de jurisdição**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Garantias constitucionais do processo civil**. 2. tir. São Paulo: RT, 1999, p. 190-206).

de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal [...].

Se nem sempre o devido processo legal implica a existência de recurso, com mais razão a interposição de recurso administrativo pode ser condicionada à exigência de caução ou de depósito prévio, conforme decidiu o STF no julgamento da ADI-MC 1.049-DF³¹⁵, rejeitando por ampla maioria a arguição de inconstitucionalidade do art. 93 da Lei nº 8.212/1991, com a redação da Lei nº 8.870/1994, que estabelece que “o recurso contra a decisão do INSS que aplicar multa por infração a dispositivo da legislação previdenciária só terá seguimento se o interessado o instruir com a prova do depósito da multa atualizada monetariamente, a partir da data da lavratura”. O voto do Relator original, Min. Carlos Velloso, acompanhado pelo Min. Marco Aurélio, sustentou que “condicionar o seguimento do recurso administrativo ao depósito do *quantum* discutido, atualizado monetariamente” implica “estabelecer óbice ao direito de defesa, o que repellido pelo *due process of law* consagrado na Constituição, assegurador do direito de defesa com os meios e recursos a ela inerentes”. Entretanto, o Min. Néri da Silveira abriu divergência, acompanhada pelos demais Ministros presentes, entendendo que a questão se punha no mesmo plano da decisão proferida na ADI-MC 1.094-DF, “em que se discutia a necessidade do depósito da multa, de natureza administrativa, para a interposição do recurso, e, no caso, em se tratando de processo administrativo perante o CADE”.

Na verdade, porém, a questão enfrentada na ADI-MC 1.094-DF³¹⁶ era outra: naquela ação, discutiu-se, entre outros dispositivos da Lei nº 8.884/1994, os arts. 65 e 66, que, a partir da atribuição da qualidade de título executivo extrajudicial à decisão do Plenário do CADE que cominasse multa ou impusesse obrigação de fazer ou não fazer (art. 60 da mesma Lei), prescreviam que o “oferecimento de embargos ou o ajuizamento de qualquer outra ação que vise a desconstituição do

³¹⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1.049-DF, relator para o acórdão o Min. Néri da Silveira, j. em 18.05.1995, DJU de 25.08.1995.

³¹⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1.094-DF, relator para o acórdão o Min. Néri da Silveira, j. em 21.09.1995, DJU de 20.04.2001.

título executivo não suspenderá a execução, se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo” (art. 65) e “ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o Juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no título executivo” (art. 66) - ou seja, dizia respeito ao processo (jurisdicional) de execução da decisão do CADE, não ao processo (administrativo) de sua formação.

Talvez por isso, o mais esclarecedor debate no STF a respeito do tema tenha sido posterior, em sede de controle incidental: ao examinar a recepção do art. 636, § 1º, da CLT (“O recurso só terá seguimento se o interessado o instruir com prova do depósito da multa”), o Tribunal Pleno posicionou-se no sentido da “compatibilidade da exigência com o art. 5º, LV, da CF-88”, mas com cinco votos vencidos.³¹⁷ O entendimento do relator original, Min. Ilmar Galvão, de que “condicionar o seguimento do recurso administrativo ao depósito do *quantum* discutido, atualizado monetariamente” implica “estabelecer óbice ao direito de defesa, o que repellido pelo *due process of law* consagrado na Constituição, assegurado do direito de defesa com os meios e recursos a ela inerentes” reproduzia e se reportava ao voto vencido do Min. Carlos Velloso na ADI-MC 1.049-DF. Aqui, como lá, o Min. Marco Aurélio acompanhou, ao lado do Min. Carlos Velloso, do Min. Maurício Corrêa, ausente do julgamento anterior, e do Min. Néri da Silveira - que não apresentou declaração de voto que explicasse a aparente reconsideração do posicionamento anterior.

Entretanto, prevaleceu a posição capitaneada pelo Min. Nelson Jobim, alicerçada no precedente, e acompanhada pela maioria, lastreada nos argumentos de que (a) “não há direito constitucional ao duplo grau de jurisdição, seja na via administrativa, seja na via judicial e, por esse motivo, a lei, ao criar um recurso que poderia não instituir, pode submetê-lo à exigência de depósito, ficando a ampla defesa assegurada quanto à decisão de primeira instância” (voto do Min. Octávio Gallotti) (b) se levada “às últimas conseqüências a tese de que, ao dar o recurso, tem-se que deixar de condicioná-lo a qualquer forma de garantia da execução, de logo eliminamos toda forma de execução provisória” (voto do Min. Sepúlveda Pertence) e (c) de qualquer sorte, o único efeito do óbice administrativo é precipitar o inobstaculizável acesso ao Poder Judiciário (*idem*). Compuseram a maioria também

³¹⁷ STF, Tribunal Pleno, RE 210.246/GO, relator para o acórdão o Min. Nelson Jobim, j. em 12.11.1997, DJU de 17.03.2000.

os Min. Moreira Alves, Celso de Mello e Sidney Sanches, os dois últimos sem declaração de voto.

Do nosso ponto de vista, este último argumento é especialmente relevante, por contemplar a especificidade do sistema constitucional brasileiro: por mais que se estenda o processo administrativo, sempre haverá a possibilidade de uma reprodução da contenda entre particulares e a administração perante o Poder Judiciário³¹⁸. Desconsiderar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional enseja potencializar a extensão temporal do litígio, o que contraria o direito de todos os envolvidos à razoável duração do processo³¹⁹ e o dever da administração de agir com eficiência, ambos decorrentes de normas constitucionais expressas (art. 5º, LXXVIII, e art. 37). Daí se entender que a compreensão do devido processo legal no âmbito do processo administrativo brasileiro deva levar em conta, dentre outras peculiaridades, esta em especial.

Tais considerações não perdem sua validade em face da recente mudança de posição do STF sobre a matéria, firmada no julgamento dos Recursos Extraordinários 388.359/PE, 389.383/SP e 390.513/SP.³²⁰ Com a composição bastante modificada em relação àquela que forjou o precedente anteriormente comentado, o Tribunal Pleno acolheu por ampla maioria a tese de que a exigência de depósito prévio como condição de admissibilidade de recurso administrativo³²¹ é inconstitucional. Vale registrar que, à reiteração dos argumentos anteriormente vencidos do Relator e do Min. Celso de Mello - de que a exigência de depósito estabelecia óbice ao direito de defesa e desatendia o devido processo legal - foram

³¹⁸ Nesse sentido, escreve Jessé Torres Pereira Junior que “tampouco o administrado estará impedido, no sistema de jurisdição única mantido pela CF/88, de deduzir suas razões divergentes da Administração desde logo no foro judicial, desistindo de sustentá-las no processo administrativo”, uma vez que a “estratégia de defesa também é direito do administrado, ou melhor, é uma faculdade decorrente do direito à defesa” (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **O direito à defesa na Constituição de 1988**: o processo administrativo e os acusados em geral. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 70).

³¹⁹ Que, aliás, pode também ser considerada uma garantia relacionada à noção de devido processo, como se viu no julgamento, pelo STF, do MS 26.358-MC/DF. Nesse exato sentido, José Rogério Cruz e Tucci, em escrito anterior à EC 45/2004, já sustentava a existência de um “direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal” (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia do processo sem dilações indevidas**. In: _____ (Org.). **Garantias constitucionais do processo civil**. 2. tir. São Paulo: RT, 1999, p. 260).

³²⁰ STF, Tribunal Pleno, RE nº 388.359/PE, 389.383/SP e 390.513/SP, relator o Min. Marco Aurélio, j. em 28.03.2007, DJU de 22.06.2007.

³²¹ Prevista, no caso discutido no RE nº 388.359, no § 2º do art. 33 do Decreto nº 70.235/1972, com a redação dada pelo art. 32 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, originária da Medida Provisória nº 1.863-51/1999 e reedições, e nos demais, pelos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213/1991, com a redação dada pelo artigo 10 da Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, originária da Medida Provisória nº 1.608-14/1998.

adicionados novos e relevantes fundamentos, como a isonomia,³²² o direito de petição,³²³ a proporcionalidade³²⁴ e a impossibilidade da exigência constar de lei ordinária, em face da disciplina do CTN.³²⁵

Em que pese a inegável relevância de tais fundamentos, novos e velhos, é de se reiterar a objeção repetida no solitário voto vencido do Min. Sepúlveda Pertence:

A meu ver, os argumentos todos seriam irrespondíveis se vivêssemos um sistema de contencioso administrativo. Ao contrário, temos como dogma consolidado no nosso constitucionalismo a universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. E aí, sim, o Tribunal tem repellido a instituição de taxas judiciárias ou outros ônus que, por seu montante, possam inviabilizar ou tornar extremamente difícil a provocação do Poder Judiciário.

Com efeito, por mais que pareçam elogiáveis e meritórias as considerações voltadas a remover óbices à litigância administrativa dos cidadãos, elas apontam para uma concepção extremamente ampla do devido processo legal procedimental no âmbito do processo administrativo, que só se justificaria plenamente, sob uma perspectiva sistemática, em um sistema de contencioso administrativo. A outra possibilidade seria limitar a revisão judicial das decisões administrativas aos seus aspectos formais, não adentrando, a não ser excepcionalmente, o chamado mérito administrativo - possibilidade que, todavia, vai na contramão da doutrina predominante. A menos que se renuncie a qualquer racionalidade objetiva do sistema processual protetivo de direitos estabelecido pela CRFB, não parece existir uma terceira via.

³²² Votos dos Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski.

³²³ Votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Cezar Peluso.

³²⁴ Votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso.

³²⁵ Que o voto do Min. Cezar Peluso denomina “questão formal [...] decisiva”.

CONCLUSÃO

1. Na esteira da valorização generalizada dos princípios jurídicos que se seguiu à entrada em vigor da CRFB, o princípio do devido processo legal não tem sido adequadamente explicado pela maior parte da doutrina brasileira, mais preocupada em apresentá-lo como uma espécie de “superprincípio”, capaz de, por si só, garantir o desenvolvimento regular e o resultado justo do processo.

2. Não ajuda muito a fixação em descrever o funcionamento e as realizações do *due process of law* no direito norte-americano, como se idênticos resultados pudessem ser alcançados entre nós, em um contexto social, cultural e institucional diverso, pelo simples transplante do princípio.

3. A compreensão do seu funcionamento no ambiente original é valiosa. Mas cumpre tomar em consideração as peculiaridades do sistema jurídico brasileiro e valorizar o patrimônio jurídico que nos foi legado por gerações de juristas ilustres, responsáveis pelo *due process of law* se tornar conhecido e, afinal, normativo no direito brasileiro.

4. No direito norte-americano, a *due process of law clause* referia-se, inicialmente, ao aspecto procedimental do processo judicial. Depois de uma longa evolução, é hoje entendida como uma garantia individual extensiva a toda forma de intervenção estatal na esfera jurídica privada, em sentido procedimental (*procedural due process*) e substantivo (*substantive due process*).

5. Uma característica importante do *due process of law*, em qualquer de suas versões, é a indeterminação de seu conteúdo. Entretanto, essa indeterminação é bastante reduzida, em cada momento histórico, pelas indicações que a Suprema Corte aporta em suas decisões, que, por força da regra do *stare decisis*, são vinculantes para as instâncias inferiores.

6. Os precedentes atualmente aplicados definem uma mecânica bastante específica de aplicação da cláusula - que se desdobra em duas etapas lógicas: primeira, indagar se a ação estatal afeta uma pessoa na sua vida, liberdade ou propriedade (*threshold test* ou *threshold requirement*); segunda, definir que processo é devido nas circunstâncias.

7. No Brasil, já a Constituição do Império traz garantias de natureza processual. As Constituições seguintes avançaram nessa direção e a introdução do

princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional pela Constituição de 1946 foi mote para que se sustentasse a existência do devido processo legal como princípio implícito. As elaborações doutrinárias a respeito do devido processo legal influenciaram decisivamente o Constituinte de 1988.

8. A adequada compreensão das potencialidades e limites do devido processo legal entre nós há de considerar que, diferentemente do que ocorre no ordenamento jurídico norte-americano, forjado pela interpretação judicial de uma Constituição sintética, no ordenamento jurídico brasileiro prevalece uma tradição de Constituições analíticas e de escrupulosa e progressiva definição legal e constitucional de procedimentos e garantias processuais da pessoa.

9. A definição dos contornos do devido processo legal não pode ser feita unicamente à vista do inciso LIV do art. 5º da CRFB. Texto e norma não se identificam e esse dispositivo é parte de um sistema, tanto no sentido restrito de parte de um mesmo diploma normativo, quanto no sentido amplo de elemento de uma ordem jurídica.

10. Da abrangência com que o STF aplica o devido processo legal não se retira que ele coloque as mesmas exigências em todos os casos. Os processos estatais, em que há exercício de poder pelo Estado, se dividem em jurisdicionais e não-jurisdicionais, sendo possível detectar diferenças significativas na sua aplicação dentro do próprio processo jurisdicional.

11. Mesmo uma análise parcial da jurisprudência do STF permite que se identifique a inclinação da maioria de seus integrantes a utilizar em conjunto o devido processo legal e as garantias rotineiramente a ele associadas (contraditório e ampla defesa), como se compusessem uma única e mesma norma.

12. Parece indefensável a existência de um direito ao contraditório e à ampla defesa que prescindia da prévia consideração de que a ação estatal interfere com a liberdade ou os bens de uma pessoa - ou seja, da superação de uma espécie de *threshold test*. Com isso, a instrumentalidade que caracteriza as garantias fica estabelecida em relação ao devido processo legal e seus consectários.

13. A norma constitucional do devido processo legal é, estruturalmente, um princípio. Tem caráter finalístico - prescreve uma proteção para os direitos de liberdade e patrimoniais em sentido amplo, cuja restrição legítima por ato do poder público passa a depender da observância de um processo previsto em lei com determinadas características - e parcial - essa proteção é enunciada de forma

genérica e o que seja um processo devido fica em grande parte dependendo da avaliação concreta da eficácia protetiva dos procedimentos.

14. Dizer que o devido processo legal é um princípio significa que ele vai ser aplicado de uma determinada maneira, própria dessa espécie normativa. Então, é de fundamental importância descrever como funciona um princípio - para depois se poder entender como funciona o devido processo legal.

15. Uma abordagem analítica da eficácia dos princípios envolve duas perspectivas, uma interna e outra externa. Pela perspectiva interna, o foco é a atuação dos princípios sobre outras normas do mesmo ordenamento jurídico. Registrar a incidência dos princípios sobre outras normas não implica, entretanto, acolher o famigerado raciocínio “princípios valem mais que regras”.

16. A perspectiva interna comporta distinção entre eficácia interna direta e eficácia interna indireta. A eficácia interna direta designa a incidência direta do princípio no caso concreto, sem intermediação de outra norma. A eficácia interna indireta designa a incidência indireta dos princípios, com intermediação de outra norma.

17. O devido processo legal, enquanto sobreprincípio, enseja o estabelecimento de uma relação dos seus subprincípios da ampla defesa e do contraditório com as regras processuais específicas, propiciando que cada elemento receba, dessa relação, um significado novo, diverso daquele que teria se considerado isoladamente.

18. O devido processo legal também pode funcionar como regra: seu conteúdo descritivo é suficiente para fundamentar a invalidação de um qualquer ato que interfira com a liberdade ou o patrimônio sem fundamento legal. Uma espécie normativa pode desempenhar mais de uma função.

19. A utilização do devido processo legal como sobreprincípio assume especial interesse no direito brasileiro, que, possuindo uma Constituição analítica, com garantias processuais explícitas, e leis processuais detalhistas, com pretensão de abrangência, se coloca em condição oposta ao direito norte-americano. Aqui, a compreensão do devido processo legal passa pela sua relação com os subprincípios de hierarquia constitucional, notadamente o contraditório e a ampla defesa.

20. A diferenciação entre *procedural due process* e *substantive due process*, estabelecida no direito norte-americano, tem sido aceita na doutrina e na jurisprudência brasileiras sob as denominações devido processo legal substantivo e devido processo legal procedimental.

21. Essa distinção não se refere à aplicação de dois conceitos distintos, mas a duas aplicações de um mesmo conceito. O valor por ele resguardado, a protetividade dos direitos, está sempre presente, quer a proteção se mostre em relação à substância do ato restritivo de direitos, quer em relação ao procedimento exigível para a validade do referido ato.

22. Vários precedentes do STF que versam sobre a dimensão substantiva do devido processo legal o associam às noções de razoabilidade ou de proporcionalidade. A leitura dos acórdãos, porém, revela conclusões convergentes em votos que partem de argumentos aparentemente díspares, dando margem a que se questione se realmente os argumentos são diferentes ou se diferentes são apenas as denominações.

23. Há dissenso na doutrina sobre as relações entre razoabilidade e proporcionalidade, que ora são consideradas expressões intimamente relacionadas e fungíveis, chegando a ser subsumidas uma na outra, ora são tidas como conceitos diversos e inassimiláveis - ponto de vista que ganhou considerável reforço com o advento da Lei nº 9.784/99.

24. O adjetivo “razoável” pode ser aplicado a muitos raciocínios, e muito diferentes, pelo que é necessário chegar a um acordo sobre o que se deve entender por razoabilidade - e, mais importante, sobre o uso do que se entender por razoabilidade.

25. A razoabilidade pode ser caracterizada como um postulado normativo aplicativo - isto é, uma norma imediatamente metódica que institui os critérios de aplicação de outras normas. Tomando-se a razoabilidade como metanorma, ela não tem aplicação direta à matéria jurídica controvertida: aplica-se apenas indiretamente, orientando a aplicação das normas que se situam no mesmo nível do objeto.

26. Uma conseqüência dessa qualificação é relativizar o resultado da disputa sobre o fundamento constitucional da razoabilidade (e da proporcionalidade). Normas metódicas integram, certamente, o direito vigente, mas, na medida em que elas não se aplicam diretamente aos casos concretos, será realmente necessário explicitá-las ou reconduzi-las a este ou aquele dispositivo constitucional?

27. Identificam-se duas espécies de postulados normativos aplicativos: os inespecíficos (ponderação, concordância prática, proibição de excesso, otimização) são aplicáveis sem que se indague sobre os elementos que serão relacionados e sem que se adiante os critérios que deverão ser observados. Já os específicos (além

da razoabilidade, igualdade e proporcionalidade) somente são aplicáveis na presença de determinados elementos e supõem a observância de critérios determinados.

28. Enquanto postulado normativo aplicativo específico, são três as acepções de razoabilidade: (a) razoabilidade como equidade, condicionada à presença de um conflito entre o geral e o individual, impõe a harmonização da norma com o caso individual; (b) razoabilidade como congruência, condicionada à presença de um conflito entre a norma e a realidade que ela pretende regular, exige a adequação entre uma e outra; e (c) razoabilidade como equivalência, condicionada à presença de um conflito entre um critério e uma medida, implica o estabelecimento de relação de equivalência entre uma e outra.

29. Se a noção de razoável é usual na linguagem do Direito, a idéia de proporção não fica muito atrás. Mas, enquanto a doutrina norte-americana sobre a *substantive due process clause* e a *reasonableness* pouco colabora para delimitar os sentidos e usos do termo razoabilidade, a definição de proporcionalidade encontra ricos subsídios na doutrina alemã sobre o *Verhältnismässigkeitsprinzip*.

30. A visão da proporcionalidade assente na doutrina alemã é estrutural e funcional, comportando a dissociação do princípio (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) em três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios: a adequação (*Geeignetheit*), a necessidade (*Enforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*).

31. Essa visão da proporcionalidade é compatível com a sua caracterização dogmática como postulado normativo aplicativo - tal como a razoabilidade. Daí a freqüente assimilação recíproca de uma e outra. Mas a proporcionalidade, enquanto postulado, supõe a presença de determinados elementos e a observância de certos critérios, que não coincidem com os que ensejam a aplicação da razoabilidade.

32. A aplicação do postulado da proporcionalidade pressupõe a existência de uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, isto é, de uma relação meio/fim. E mais: o fim a ser promovido deve ser empiricamente controlável, de forma a permitir a consideração do meio como causa de sua realização.

33. A análise de acórdãos do STF à luz desses conceitos revela inconsistência no uso dos termos razoabilidade e proporcionalidade: por vezes, sob a designação de razoabilidade, encontram-se raciocínios de proporcionalidade, envolvendo uma relação de meio e fim; outras vezes, fala-se de proporcionalidade,

mas formulam-se raciocínios de razoabilidade; e ainda se encontram manifestações em que não se consegue identificar o raciocínio empregado.

34. A eficácia do princípio do devido processo legal não se esgota na exigência de que a interferência na esfera jurídica da pessoa seja precedida de um processo prestabelecido em lei. Além de legal, o processo deve ser devido. E será devido se for um processo adequado à proteção dos direitos de liberdade e patrimoniais da pessoa.

35. A consideração substancial do devido processo legal faz diferença, na medida em que fixa um parâmetro para a aferição da constitucionalidade das leis processuais, quer para declarar a inconstitucionalidade de normas que contrariem o ideal de um processo adequado à proteção dos direitos da pessoa, quer para, quando possível, conferir-lhes interpretação conforme com esse ideal constitucional.

36. A consideração autônoma das garantias constitucionais do processo, articuladas de acordo com a noção de um processo adequado, que lhes dá sentido, é uma abordagem mais promissora do que a sua concorrente, que as dissolve no bojo de uma “supergarantia” informe e auto-suficiente.

37. A consideração sistemática dos subprincípios e de sua relação com o sobreprincípio permite que se diga que o devido processo legal, no ordenamento jurídico brasileiro, apresenta determinado perfil que lhe é próprio - e que é diferente do *due process of law* norte-americano.

38. Entre nós, a definição constitucional de elementos do devido processo legal limita significativamente o espaço deixado para a interpretação jurisprudencial - mesmo a proveniente do STF. Além disso, nossa afinidade com leis e garantias processuais expressas colocam o devido processo legal no fim - e não no começo - da análise da legitimidade do ato estatal que interfira com direitos subjetivos.

39. O contraditório e a ampla defesa não se limitam a assegurar, no processo judicial como no administrativo, simples direito de manifestação, mas uma pretensão à tutela jurídica. O litigante tem direito de ver seus argumentos considerados, e o Estado dever de tomar em consideração os argumentos apresentados.

40. Uma abordagem analítica do tema envolve uma perspectiva interna - que foca a atuação dos princípios sobre outras normas do mesmo ordenamento jurídico - e uma perspectiva externa - onde o exame se desloca para a incidência dos princípios sobre a compreensão da matéria fática.

41. Por essa abordagem, o princípio do devido processo legal, além de assegurar a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, também contém uma exigência de *fair trial*, implicando garantia do processo se desenvolver sob os signos da boa-fé e da ética dos sujeitos processuais.

42. Há duas perspectivas diferentes de compreensão do processo: como forma de realizar os fins comunitários contemplados na ordem jurídica e como tratamento adequado dos membros da comunidade. Um enfoque completo e harmonioso do devido processo legal não deve se limitar ao aspecto subjetivo, devendo se estender ao aspecto objetivo.

43. A transposição integral do modelo processual judicial para o processo administrativo esbarra na possibilidade praticamente inexorável de controle judicial – e, portanto, de novo processo – dos atos administrativos que afetem direitos, decorrente da previsão normativa contida no inciso XXXV do art. 5º da CRFB.

44. Uma interpretação sistemática da CRFB implica a compatibilização entre o processo administrativo e o processo judicial. Desconsiderar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional potencializa a extensão temporal do litígio, contrariando o direito de todos os envolvidos à razoável duração do processo e o dever da administração de agir com eficiência, decorrentes de normas constitucionais expressas (art. 5º, LXXVIII, e art. 37).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 74-76, jul./set. 1999.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. de Mário da Gama Kury. 4. ed. Brasília: Editora UNB, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**: de acordo com a emenda constitucional n. 53, de 19.12.06. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Razoabilidade: definição e aplicação. OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo** – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

_____. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, p. 65-77, jan./mar. 1998.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. rev. e atual. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira** – Comentários. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 1992.

BARBOSA, Ruy. **República: teoria e prática**. Petrópolis: Vozes, 1978.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BERARDI, Luciana Andréa Accorsi. Interpretação constitucional e o princípio do devido processo legal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 54, p. 210-75, jan/mar 2006.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Atualizado por José de Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Norberto. Princìpi Generali di Diritto. In: **Novissimo digesto italiano**. Torino: UTET, 1957. p. 887-896, v. XIII .

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. **Interesse Público**, São Paulo, n. 13, p. 177-187, 2002.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978.

CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atualiz. por Flavio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 131, p. 58-82, jan. 2006.

CAMPOS, Francisco. Igualdade perante a lei. Sentido e compreensão desta garantia constitucional. Qual o seu destinatário? Conceito de lei na Constituição de 1946. Irretroatividade da lei. Marcas de indústria e de comércio constituem objeto do direito de propriedade. **Direito Constitucional**. II v. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, [1998].

CAPPELLETTI, Mauro. La actividad y los poderes de juez constitucional em relación con su fin generico (naturaleza tendencialmente discrecional de la providencia de actuación de la norma constitucional). **Proceso, Ideologias, Sociedad**. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974a, p. 365-452.

_____. Derecho de acción y de defensa y función concretadora de la jurisprudencia constitucional (art. 24 de Constitución y due process of law). **Proceso, Ideologias, Sociedad**. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974b, p. 477-486.

_____. **Juizes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COELHO, Luiz Fernando. **Direito Constitucional e Filosofia da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, anno LII, n. 3, p. 887-938, Sett. 1998.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

CORWIN, Edward S. **A constituição norte-americana e seu significado atual**. Trad. de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, [1950?].

COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 (Suplemento), p. 93-106, dez. 2003.

DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e “due process of law”. **Revista Forense**, v. 116, p. 357-367, abr. 1948.

_____. **Problemas de direito positivo**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 37-64.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1. 8. ed. Salvador: Juspodium, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e o “due process of law”**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos**: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza, 2001.

_____; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1991.

FAZZALARI, Elio. Processo (Teoria generale). In: **Novissimo digesto italiano**. Torino: UTET, 1957. p. 1067-1076, v. XIII.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALLIGAN, D. J. **Due Process and Fair Procedures** – A Study of Administrative Procedures. Oxford: Clarendon Press, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: RT, 1988.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. São Paulo: RT, 1990.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: RT, 1973.

_____. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. Princípios processuais e princípios de Direito Administrativo no quadro das garantias constitucionais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 387, p. 3-22, set./out. 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais** – Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. Porto Alegre: Fabris, 1995.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

JESCH, Dietrich. **Ley y Administración**: estudio de la evolución del principio de legalidad. Trad. de Manuel Heredero. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1978.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Schwarcz, 1988.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1997.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Garantias constitucionais do processo civil**. 2. tir. São Paulo: RT, 1999, p. 190-206.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Devido processo legal e a Constituição Brasileira de 1988 – doutrina e jurisprudência – direito comparado. **Dimensões do direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 229-240.

MAFFINI, Rafael da Cas. Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 10, p. 143-163, jul./set. 2005.

MARQUES, José Frederico. **A reforma do Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 1.

MARTEL, Leticia Campos Velho. **Devido processo legal substantivo**: razão abstrata, função e características de aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O processo justo na Constituição Federal de 1988. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 91, p. 215-260, set. 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Bastos, 1999, p. 71-87.

_____. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **IOB – Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública**, São Paulo, n. 3, p. 23-44, mar. 2000.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: RT, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. IV. [Coimbra?]: Coimbra: Editora, 1993.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**, v. IV. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1953.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**, t. V. São Paulo: RT, 1968, p. 96-107.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema de “efetividade do processo”. In: **Temas de direito processual (terceira série)**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-42.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Contencioso administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: RT, 2002.

NUNES, Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). **Garantias constitucionais do processo civil**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1999, p. 132-150.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**. Porto Alegre, ed. Especial, v. 2, n. 4, p. 119-130, jun. 2004.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **O Princípio do devido processo legal substantivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **O direito à defesa na Constituição de 1988: o processo administrativo e os acusados em geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”**. México: UNAM, 1971.

ROSAS, Roberto. Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 783, p. 11-15, jan. 2001.

ROTUNDA, Ronald D. **Modern constitutional law**. 6. ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. **Interesse Público**, São Paulo, n. 2, p. 93-107, 1999.

SCHREIBER, Simone. A norma do devido processo legal em seu aspecto procedimental e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 815, 26 set. 2005, nota 7, p. 11. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7334>>. Acesso em: 14 jan. 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Prefácio. In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. XX

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. A defesa nas sanções administrativas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 298, p. 99-106, abr./mai./jun. 1987.

_____. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 23, p. 39-51, jan./mar. 2006.

TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 43-49, out./dez. 2005.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 110, p. 141-158, abr./jun. 2003.

TRIBE, Laurence H. **American constitutional law**. 2. ed. Mineola, New York: The Foundation Press, 1988.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in matéria civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, anno LV, n. 2, p. 381-410, Giug. 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: _____ (Org.). **Garantias constitucionais do processo civil**. 2. tir. São Paulo: RT, 1999, p. 234-262.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.