



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ELLEN MACIEL JERÔNIMO

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A RELEVÂNCIA DO SEU ASPECTO  
MATERIAL

SOUSA - PB  
2006

ELLEN MACIEL JERÔNIMO

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A RELEVÂNCIA DO SEU ASPECTO  
MATERIAL

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Alba Tânia Abrantes Casimiro.

SOUSA - PB  
2006

ELLEN MACIEL JERÔNIMO

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A RELEVÂNCIA DO SEU ASPECTO MATERIAL

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande, por uma comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

---

Prof. Alba Tania Abrantes Casimiro

Orientadora

---

Prof. \_\_\_\_\_

---

Prof. \_\_\_\_\_

Sousa – PB  
Novembro - 2006

A Deus, luz da minha vida.

À minha mãe, que tanto me ensinou, que tanto me orientou, que incontestavelmente foi a grande responsável pela minha vitória.

A meu pai, pelo amor dedicado, por tudo que representa; obrigada pela força... saiba que o tenho eternamente em meu coração.

A vocês dedico este trabalho.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pelo sonho realizado.

A meus pais, Eduardo Jerônimo de Moura e Maria de Lourdes Maciel Jerônimo, pela oportunidade de concluir o Curso de Direito, que fora garantido pela força e pelo suor do dia-a-dia e também pela esperança na concretização conjunta de nossos sonhos.

Aos meus irmãos, Eron Maciel Jerônimo e Eduardo Jerônimo de Moura Junior, companheiros e cúmplices nos momentos de alegria e de tristeza.

Aos meus familiares, pelo apoio e pela colaboração para a superação de mais um obstáculo.

À minha orientadora, Alba Tania Abrantes Casimiro, que contribuiu intensamente para a concretização deste trabalho, com muito profissionalismo, paciência e dedicação.

Aos meus amigos de curso, pelas trocas de conhecimentos e momentos inesquecíveis compartilhados dia-a-dia.

## RESUMO

O devido processo legal teve sua origem na Inglaterra e atualmente encontra-se previsto na nossa Constituição Federal de 1988; contudo, ainda não é possível defini-lo de forma precisa, uma vez que possui caráter fluido. Ele possui duas vertentes, ou seja, um lado substancial e outro processual. Dele decorrem vários princípios processuais. O presente trabalho utilizou o método dialético histórico e jurídico, e tem por objetivo desenvolver uma pesquisa aprofundada acerca do princípio do devido processo legal, destacando o seu aspecto substancial. Na metodologia, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e a análise de textos extraídos da internet. Por fim conclui-se que princípio do devido processo legal é uma expressão significativa do Estado de Direito e assim deve estar sempre presente em todas as etapas do processo judicial, inclusive no momento da elaboração das leis, uma vez que, não basta limitar o Estado somente do ponto de vista procedimental. Tão relevante quanto a observância das formalidades legais devidas é a imposição de limites à própria criação jurídica dessas formalidades.

**Palavras - chave: devido processo legal. substancial. processual.**

## ABSTRACT

The proper legal process had its origin in England and is currently found in our Federal Constitution, year 1998. However, it is still impossible to accurately define it since it possesses such an inconsistent character. This legal process has two subdivisions: substantial and procedural. From the latter derive many procedural principles. The current research utilized a dialectic-historic juridical method, and has for a purpose to develop a thorough research on the principle used for the said legal process, emphasizing its substantial aspect. In the methodology used for the research, a bibliographical analysis of the texts extracted from the internet was applied. Ultimately, it was concluded that the principle for the so far mentioned legal process, is but a significant expression of the State of Right and thus needs to always be present at every stage of the judicial process, especially at the elaboration of laws, for it is not enough to limit the State from a procedural point of view only. As relevant as the observance of proper and legal formalities itself is the imposition of limits at the judicial creation of such formalities.

key-words: proper legal process. substantial. procedural.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
<b>CAPÍTULO 1 TEORIA GERAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....</b>	<b>10</b>
1.1 Origem.....	10
1.2 Definição.....	13
1.3 Previsão legal.....	16
<b>CAPÍTULO 2 PRINCÍPIOS CORRELATOS AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....</b>	<b>18</b>
2.1 Disposições preliminares.....	18
2.2 Princípio da ampla defesa.....	19
2.3 Princípio do contraditório.....	21
2.4 Princípio do duplo grau de jurisdição.....	23
*2.5 Princípio da Inafastabilidade da jurisdição.....	25
*2.6 Princípio da isonomia.....	26
*2.7 Princípio do juiz natural.....	27
2.8 Princípio da motivação das decisões judiciais.....	29
2.9 Princípio da proibição das provas ilícitas.....	32
2.10 Princípio da publicidade dos atos processuais.....	33
<b>CAPÍTULO 3 ASPECTO PROCESSUAL E SUBSTANTIVO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....</b>	<b>36</b>
3.1 Conteúdo.....	36
3.2 Devido Processo Legal Processual.....	38
3.3 Devido Processo Legal Substantivo.....	40
3.3.1 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade.....	44
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	

## INTRODUÇÃO

Um verdadeiro Estado de Direito pressupõe um processo justo e este poderá ser alcançado com auxílio do devido processo legal, o qual vem gradualmente estabelecendo sua fundamental importância nos sistemas jurídicos atuais.

No Brasil, o princípio do devido processo legal vem expresso na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5<sup>o</sup>, inciso LIV.

O princípio do devido processo legal, nessa oportunidade, será estudado com a finalidade de analisar o seu aspecto material, bem como a sua configuração no Direito Processual Civil; no entanto, apesar da imposição da limitação do tema, não se pode deixar de mencionar que este princípio não se mantém estanque em nenhum dos ramos do direito.

Inúmeras são as transformações ocorridas com o processo e, conseqüentemente, com o princípio do devido processo legal. Antes o processo era marcado por um formalismo exacerbado de praxes; hoje ele pode ser estudado e analisado como garantia constitucional asseguradora de efetividade, da justiça, da regularidade do procedimento e da proteção dos direitos processuais.

E como o princípio em tela é considerado o mais abrangente, vislumbrar-se-á que muitos princípios processuais giram em torno dele. No Brasil, este princípio é empregado como gênero e dele destacam-se muitos outros.

Mediante pesquisa bibliográfica, também tentar-se-á identificar as origens, o conceito, a previsão legal, o conteúdo, a bipartição e os princípios correlatos ao devido processo legal.

Para tanto, o presente trabalho encontra-se dividido em três capítulos. O primeiro irá expor, um contexto histórico, ou melhor, as origens, bem como a definição do devido processo legal e sua previsão legal.

No segundo far-se-á uma breve exposição sobre os princípios que decorrem do devido processo legal, quais sejam, o princípio da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição, da inafastabilidade da jurisdição, da isonomia, do juiz natural, da motivação das decisões judiciais, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais.

Finalizando, o terceiro capítulo tratará da bipartição do devido processo legal, iniciando com o fornecimento do conteúdo do referido princípio e seguindo com esclarecimentos sobre o aspecto formal e material do devido processo legal.

Enfim, por meio da análise crítica do devido processo legal e em especial do seu aspecto material, verificar-se-á a sua fundamental importância no processo civil.

## CAPÍTULO 1 TEORIA GERAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Neste capítulo, adentrar-se-á no contexto histórico do Devido Processo Legal, explanando sobre sua origem e destacando a sua definição, bem como a sua previsão legal. Todos os tópicos serão tratados de forma objetiva e com respaldo nos mais conceituados doutrinadores da área, como será constatado a seguir.

### 1.1 Origem

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

Nos primórdios, vivia o homem em regime tribal, com total liberdade e comunhão de patrimônio, restringidos apenas pelo interesse de sobrevivência do grupo. Após a criação do Estado, os séculos vieram demonstrar que perdeu ele sua liberdade, quase que total, porque o detentor do poder passou a utilizá-lo, de modo geral, em proveito próprio, ignorando o interesse do povo, chegando Luís XIV a dizer: "*L'État c' est moi*" (O Estado sou eu).

Todavia, o desejo pela liberdade nunca foi abandonado, pois esta para o homem constitui o seu mais precioso bem, constituindo-se o modo natural de manifestação da vida. O homem nasceu para ser livre, sujeitando-se ao mínimo de restrições necessárias à realização do bem comum.

Assim, as origens do devido processo legal remontam à cultura anglo-saxônica, tendo como marco a Magna Carta *Libertatum*, no ano de 1215, tendo esta sido resultado de pressões por parte da nobreza e do clero britânico sobre o rei da Inglaterra, na época, John Lackland,

mais conhecido por “João Sem Terra”. Os senhores feudais, receosos dos julgamentos provenientes da Coroa, que então se demonstrava bastante instável e despótico, e, tendo como objetivo garantir, em específico, a manutenção de seus privilégios e prerrogativas, entre as quais a observância das leis da terra.

Isto porque “Sem-Terra”, ao assumir a coroa, após a morte do seu irmão Ricardo Coração de Leão, na época rei, passou a exigir elevados tributos e fez outras imposições decorrentes de sua tirania, o que levou os nobres a se insurgirem. As arbitrariedades do novo governo foram tão assoberbantes, que a nação, sentindo-lhe os efeitos, se indispôs, e por seus representantes tradicionais reagiram.

Dessa forma, diante das pressões sofridas, o rei decide assegurar as demandas dos senhores feudais apresentando um documento denominado *Articles of the Barons*, que deu origem à Carta Magna ou *Great Charter*, a qual foi selada por João Sem Terra em 15/06/1215.

Assim, o princípio instalou-se na velha Inglaterra como reflexo da insatisfação da nobreza com os julgamentos de organismos da coroa que se preocupavam apenas em satisfazer a vontade indiscutível do monarca, e também como uma exigência de que todos os senhores feudais tinham direito de ser julgados por um Tribunal formado entre seus pares e segundo as leis da terra.

Ressalte-se que o pacto firmado pelo rei estabelecia-se entre ele e os nobres da Inglaterra, não se direcionando ao povo em si; porém, o pacto obteve repercussão mais ampla que o esperado, espalhando-se seu conteúdo, anos mais tarde, por todo o mundo, simbolizando uma garantia a todos os súditos do rei.

Assevere-se, ainda, que à época não se conhecia a expressão, “devido processo legal”, mas sim a denominação *law of land*, a Lei da Terra, querendo simbolizar o uso da lei do país, da nação. O dispositivo 39 da Lei da Terra tinha a seguinte disposição, aqui traduzida:

Nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado ou, de qualquer outro modo destruído, nem lhe impondremos nossa autoridade pela força ou enviaremos contra ele nossos agentes, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra. Restringia-se, desta forma, a atitudes arbitrárias do rei limitando seus direitos devendo observar as leis então vigentes em seu atuar político.

Reafirmando a Magna Carta, o Rei Henrique III, filho de João sem Terra, em 1216, criou o *Statute of Westminster of the Liberties of London*.

Referia o *Statute of Westminster* que "Nenhum homem de qualquer camada social ou condição, pode ser retirado de sua terra ou propriedade, nem conduzido, nem preso, nem deserdado, nem condenado à morte, sem que isto resulte de um devido processo legal". Resguardava deste modo, em seus termos, todo e qualquer cidadão de arbitrariedades, embasadas na necessidade de um processo justo e ordenado.

Também deve-se mencionar que em 1607, dissidentes protestantes ingleses em fuga levaram os fundamentos da *common law*, constando entre eles o princípio do devido processo legal às terras americanas.

E diante da importância de tal princípio, as colônias britânicas na América incorporaram a cláusula aos seus sistemas jurídicos, inserindo-a em diversas declarações de direito e cartas coloniais, sempre como instrumento de resistência do indivíduo contra o arbítrio dos governantes.

Assim, os Estados Unidos da América do Norte, herdaram o princípio do devido processo legal e este foi inserido na *Lex Mater*, e enviada aos treze Estados Americanos, para sua ratificação.

Posteriormente, no desenrolar da história do devido processo legal no direito americano, dois dispositivos merecem destaque: a Quinta emenda, a qual constituía o bloco de emendas, conhecido como *Bill of Rights*, o qual protegia as liberdades individuais; e a Décima Quarta emenda, a qual protegia os indivíduos contra abusos praticados pelo poder estadual, ampliando os direitos protetivos contidos na Quinta emenda, a qual protegia os cidadãos somente dos abusos cometidos por órgãos federais.

A Quinta emenda, que continha o princípio do devido processo legal, dispunha o seguinte, conforme Gama (2005, p.49).

nenhuma pessoa será detida para responder por crime capital ou hediondo, a menos que apresentada ou indiciada por um grande Júri, exceto em casos levantados perante as forças terrestres e navais, ou milícia, quando em efetivo serviço em tempo de guerra ou perigo público; nem será pessoa alguma sujeita por duas vezes à mesma ofensa, colocando em risco a sua vida ou parte do corpo; nem ser compelida em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo; nem a propriedade privada ser tomada para uso público sem justa compensação

E a Décima Quarta emenda, segundo Gama (2005, p.50- 51) prescrevia que:

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

## 1.2 Definição

O devido processo legal, foi concebido e conceituado durante muito tempo como amparador do direito processual, buscando uma adequação do processo à ritualística prevista, praticamente confundindo-se ao princípio da legalidade. Ele ganhou força expressiva no direito processual penal, mas já se expandiu para o processual civil e até para o processo administrativo. Numa nova fase, encontra-se invadindo a seara do direito material.

Assim, o devido processo legal não tem uma definição estanque, fixa, ou muito menos perene. Isso permite a sua mutabilidade, adaptação gradual ou, principalmente, evolução, de acordo com a demanda da sociedade, inclusive pode ser encontrado sob outras definições, tais como o princípio do processo justo ou princípio da inviolabilidade da defesa em juízo.

Atualmente é atribuído ao devido processo legal a grande responsabilidade de ser um princípio fundamental, ou seja, sobre ele repousa todos os demais princípios constitucionais, um super-princípio.

Em virtude da sua dinâmica, da sua falta de precisão, é possível oferecer várias conceituações segundo renomados doutrinadores; contudo, antes de iniciar as definições deve-se ressaltar que conceituar o devido processo legal não é tarefa fácil, pois, se os critérios para se ter um processo legal devem ser objetivos, é inegável que o princípio traz consigo os conteúdos dos princípios da justiça e da igualdade, que, por sua vez, são valores e, portanto, sem possibilidades de conceituação.

Segundo WAMBIER, (2003, p. 71): “O devido processo legal significa o processo cujo procedimento e cujas conseqüências tenham sido previstas na lei”.

\*Para GANDRA, (2005, p. 115/116): o devido processo legal é “uma garantia constitucional, não só do cidadão, não só das instituições jurídicas, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia, mas fundamentalmente da democracia brasileira”.

Pelegrini (apud Peñaloza, 2005) afirma que para que haja um processo justo “é necessário que as partes se encontrem não apenas em condição de igualdade jurídica, mas também em igualdade técnica e econômica”.

Motta e Douglas (2004, p. 115/116) dizem ser o princípio do devido processo legal “o mais importante de todos aqueles que tratam do processo. Por se referir à necessidade do devido processo legal para que alguém perca sua liberdade ou qualquer de seus bens (...)”.

PINHO, (2003, p.116) afirma que o

due process of law é um dos mais antigos direitos individuais obtidos pela humanidade, assegurado pela Carta Magna, na Inglaterra, já em 1215. Trata-se de garantia do cidadão contra uma atuação arbitrária do poder do Estado. Esse princípio possui uma dupla natureza: processual e substancial.

Portanova (apud Peñazola, 2005) acentua que o devido processo legal trata-se de uma “garantia constitucionalmente prevista que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas”.

\* Dessa forma, entende-se o devido processo legal como um processo que se desenvolve razoavelmente, voltado à averiguação da verdade, de forma consentânea com as demais finalidades da ordem jurídica, possibilitando as partes ter acesso à justiça, deduzindo suas pretensões e defendendo-se do modo mais amplo possível, além de ser uma expressão significativa do Estado de Direito, impondo ao titular do poder o dever de desenvolver-se sem afetar arbitrariamente os direitos fundamentais do indivíduo.

### 1.3 Previsão legal

Apesar de já existir positivamente desde 1215, e tomar sua forma atual no final do século XVIII, até 1988, as únicas manifestações do devido processo legal *strictu sensu* em Diplomas Maiores brasileiros só se davam por meios indiretos.

Assim no Brasil, apenas na Constituição Federal de 1988, pela primeira vez em nossa história foi o princípio do devido processo legal apresentado de maneira expressa, no seu artigo 5º, inciso LIV, estabelecendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Quando se elege como objeto de estudo um tema extraído da Constituição, deve ser destacado a relevância da proposta, dado que se estará tirando conclusão do Texto que domina o cenário jurídico, em razão da supremacia hierárquica das normas ali estabelecidas.

Ademais, não se pode olvidar que o devido processo legal está inserido no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, condição que o torna imune a qualquer alteração constitucional, além de ter aplicabilidade imediata a todos do Estado, vinculando expressamente os atos da Administração Pública, em decorrência do princípio da Legalidade.

Tal dispositivo é complementado pelo inciso LV da Constituição Federal de 1988, o qual prescreve que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”, pois o exercício da jurisdição deve operar-se através do devido processo legal, garantindo-se ao litigante julgamento imparcial, em procedimento regular onde haja plena segurança para o exercício da ação e do direito de defesa. É que de nada adiantaria garantir-se

a tutela jurisdicional e o direito de ação sem um procedimento adequado em que o Judiciário possa atuar imparcialmente, dando a cada um o que é seu.

Contudo a cláusula do *due process of law*, prevista no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, constitui-se na base estruturante de todo o sistema constitucional processual, a ponto de muitos sustentarem que somente ela seria suficiente a regular a matéria.

Hodiernamente, o princípio do devido processo legal, encontra-se normatizado na maioria das constituições dos países democráticos, isto porque passou a ser uma expressão bastante significativa do Estado de Direito.

## CAPÍTULO 2 PRINCÍPIOS CORRELATOS AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

No segundo capítulo far-se-á uma breve exposição sobre os princípios que defluem do devido processo legal, quais sejam, o princípio da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição, da inafastabilidade da jurisdição, da isonomia, do juiz natural, da motivação das decisões judiciais, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais.

### 2.1 Disposições preliminares

Inicialmente faz-se importante oferecer um conceito de princípio jurídico, sobre este se entende serem aquelas normas que, por sua generalidade e abrangência irradiam por todo o ordenamento jurídico, informando e norteando a aplicação e a interpretação das demais normas de direito, ao mesmo tempo em que conferem unidade ao sistema normativo.

Portanto, os princípios são o ponto de partida ou a regra-mestra para a correta interpretação do sistema jurídico.

Ao devido processo legal é atualmente atribuída a grande responsabilidade de ser um princípio fundamental, ou seja, sobre ele repousam todos os demais princípios constitucionais, um super-princípio.

A todo momento que se fizer análise ou reflexão acerca de algum princípio processual constitucional, com certeza poder-se-á identificar nuances do Princípio do Devido Processo Legal, e vice-versa.

É entendimento amplo na doutrina que os demais princípios processuais constitucionais relativos ao processo civil têm origem no princípio do devido processo legal,

\* tendo inclusive quem afirme como Nery Júnior (1999) que “bastaria a Constituição brasileira ora vigente ter enunciado o princípio do devido processo legal e o caput e a maioria dos incisos do art. 5º seriam dispensáveis”.

No entanto, é mais prudente afirmar que os princípios da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição, da inafastabilidade da jurisdição, da isonomia, do juiz natural, da motivação das decisões judiciais, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, dentre outros, são desdobramentos que concretizam o devido processo legal; mas ressaltando, contudo, que tais princípios são independentes entre si.

Assim sendo, a despeito da autonomia do devido processo legal, deve-se combiná-lo com outros princípios, em razão de uma hermenêutica sistemática do ordenamento jurídico vigente e a aplicação simultânea do devido processo legal, em especial, com o contraditório, a ampla defesa e a motivação.

## 2.2 Princípio da ampla defesa

A Constituição Federal de 1988 previu o princípio da ampla defesa, em seu artigo 5.º, inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes;”.

A ampla defesa significa a liberdade que o indivíduo possui de alegar fatos e propor provas em defesa de seus interesses. Trata-se de uma garantia inerente ao Estado de Direito, pois o direito de defender-se é característica essencial a todo Estado democrático.

Assim Paulo e Alexandrino (2003, p. 128) entendem o princípio da ampla defesa como “o direito que é dado ao indivíduo de trazer ao processo, administrativo ou judicial,

todos os elementos de prova lícitamente obtidos para demonstrar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender conveniente, para evitar sua auto-incriminação”.

Destarte, a ampla defesa consiste na garantia que assegura ao réu os meios para trazer ao processo todos os elementos que possibilitem esclarecimentos acerca da verdade, como também possibilita que ele se omita ou se mantenha calado.

Contudo, a aplicação do princípio da ampla defesa não se limita exclusivamente a beneficiar o réu, estendendo -se também a outros sujeitos da relação processual, protegendo tanto o réu como o autor, além de terceiros juridicamente interessados.

Os litigantes devem ter à sua disposição todos os instrumentos processuais adequados para demonstrar a consistência de suas alegações. Têm o direito de serem ouvidos, de apresentar suas razões e de contra-argumentar as alegações da parte adversa, a fim de elidir a pretensão deduzida em juízo pela parte adversa.

Também no que se refere ao princípio da ampla defesa pode-se mencionar a autodefesa e a defesa técnica; aquela ocorre quando é permitido que o próprio sujeito realize pessoalmente atos necessários à sua defesa, enquanto a defesa técnica configura-se quando é realizada pelo representante legal do interessado: o advogado. Esta parece ser a forma mais adequada de defesa, pois a presença do advogado evita que o sujeito aja por impulso, o que poderia interferir no seu verdadeiro objetivo.

Contudo, enquanto a defesa técnica é indispensável, a autodefesa é um direito disponível pelo réu, que pode optar pelo direito ao silêncio, com supedâneo no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

Ressalte-se, também que o Estado tem o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, conforme o artigo 5<sup>o</sup>, inciso LXXIV, da atual Constituição Federal.

Estará assim, garantida a ampla defesa quando todas as pessoas envolvidas no litígio puderem exercer os direitos que a legislação lhes assegura, demonstrando assim sua ligação com o princípio do devido processo legal, pois o direito de defender-se deverá ser exercido por meios legalmente assegurados.

É importante ressaltar também a íntima relação entre a ampla defesa e o contraditório, até mesmo porque o texto constitucional as agrupou em um só dispositivo, não sendo concebível falar-se em um sem pressupor a existência do outro; porém, com este não se confunde.

### 2.3 Princípio do contraditório

A Carta Maior consagrou o princípio do contraditório no artigo 5<sup>o</sup>, inc. LV, dispondo que “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”.

O contraditório é um princípio constitucional do processo, o qual dar às partes a oportunidade de ser informada a respeito do que está sendo alegado pelo demandante, a fim de que possa produzir defesa de qualidade e indicar prova necessária, lícita e suficiente para alicerçar sua peça contestatória, exercendo, assim a dialética processual.

O contraditório constitui-se em elemento essencial do processo e implica no direito que tem as partes de serem ouvidas nos autos. O processo é marcado pela bilateralidade da manifestação dos litigantes. Essa regra de equilíbrio decorre do denominado princípio da

igualdade das partes, tão importante para o embate processual quanto qualquer um dos demais princípios orientadores do processo.

Segundo Nery Junior, (2006, p. 172) o contraditório significa

a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, como também a possibilidade de as mesmas reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis e o direito que os contendores têm de serem ouvidos paritariamente no processo.

No mesmo sentido, Dinamarco (2004, p. 214-215) entende a garantia do contraditório “como um direito das partes e uma série de deveres do juiz, tendo em vista que este deverá franquear os meios de participação dos litigantes no processo, permitindo-lhes participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo assim, ele próprio, o contraditório”.

O princípio do contraditório pode ser compreendido como sinônimo de diálogo judicial correspondendo a uma verdadeira garantia de democratização do processo, impedindo que o poder do órgão judicial e a aplicação das regras sejam utilizados como mecanismos opressores e autoritários, sendo assim uma manifestação do princípio do Estado de Direito.

Quanto aos legitimados para invocar o princípio do contraditório podemos afirmar que são todos aqueles que tiverem alguma pretensão a ser deduzida no processo. Logo, as partes litigantes, quais sejam, autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo, como também os assistentes litisconsorcial e simples, além do Ministério Público.

O princípio do contraditório é considerado por muitos doutrinadores o mais relevante entre os corolários do devido processo legal, e da mesma forma que este, é um princípio basilar do Direito Processual, tendo quem afirme como Dinamarco (1990, p. 178) que “não existe processo sem contraditório”.

Por isso, deve-se dar plenitude e efetividade ao princípio do contraditório, de modo que não basta apenas intimar a parte para manifestar-se, ouvi-la e permitir a produção de alegações e provas, mas sim, deixar que as mesmas influam no convencimento do juiz, dessa forma espera-se que o princípio do contraditório seja utilizado agora como instrumento para as partes poderem atuar ativamente dentro do processo.

Também não se pode deixar de mencionar a íntima relação do princípio do contraditório com o da ampla defesa, uma vez que ambos vêm previstos no mesmo dispositivo constitucional.

#### 2.4 Princípio do duplo grau de jurisdição

Inicialmente deve-se mencionar que a doutrina diverge em considerar se o duplo grau de jurisdição tem ou não status constitucional, já que inexistente a sua previsão expressa na Constituição Federal de 1988.

Contudo, entende-se o duplo grau de jurisdição como um princípio constitucional ainda que de forma implícita naquele texto, uma vez que a Carta Magna garante ao litigante a possibilidade de submeter ao reexame das decisões proferidas em primeiro grau, desde que atendidos os requisitos previstos em lei, como também organizou o Poder Judiciário em instâncias.

Diante disso, todo ato decisório do juiz que possa prejudicar um direito ou um interesse da parte deve ser recorrível, como meio de evitar ou emendar os erros e falhas que são inerentes aos julgamentos humanos.

O duplo grau de jurisdição é instituto segundo o qual todas as decisões judiciais definitivas de um processo podem ser submetidas a um novo julgamento, por um órgão especializado, geralmente colegiado, a ser provocado por recurso voluntário ou de ofício. Trata-se de modelo de organização processual em que todo o litígio pode ser submetido a dois órgãos julgadores diversos, nas mais das vezes sendo o segundo superior.

O princípio do duplo grau de jurisdição tem íntima relação com a preocupação dos ordenamentos jurídicos em evitar a possibilidade de haver abuso de poder por parte do juiz, o que poderia em tese ocorrer se não estivesse a decisão sujeita à revisão por outro órgão do Poder Judiciário, como também suas decisões poderiam estar erradas, em razão mesmo da falibilidade da natureza humana, a que estão sujeitas os juízes.

O princípio do duplo grau de jurisdição visa a assegurar ao litigante vencido, total ou parcialmente, o direito de submeter à matéria decidida a uma nova apreciação jurisdicional, no mesmo processo, desde que atendidos determinados pressupostos específicos, previstos em lei.

Na locução “duplo grau de jurisdição” a palavra “duplo” sugere a idéia de duplicidade, de dois, de um primeiro e um segundo. Já a palavra “grau” remete a estágios sucessivos, hierarquia, razão pela qual, de regra, a decisão judicial é analisada por órgão hierarquicamente superior.

Quanto à previsão implícita do duplo grau de jurisdição, pode-se afirmar que esta inserida no artigo 5<sup>o</sup>, LV, como também no artigo 102, II, III, e no artigo 105, II, III, da Constituição Federal, dentre outros dispositivos.

Destaque-se também que são muitos os mecanismos que vêm sendo criados na tentativa de dar maior celeridade à prestação jurisdicional, limitando o cabimento de recursos,

e violando, na maioria das vezes, os dispositivos da Constituição que garantem o devido processo legal.

## 2.5 Princípio da inafastabilidade da jurisdição

O princípio do controle jurisdicional, também denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição, princípio do acesso amplo ao Judiciário, está consagrado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que estatui: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

O Estado Democrático de Direito, após assumir o monopólio da jurisdição, proibiu a autotutela e como contrapartida dessa proibição, conferiu aos particulares o direito de ação, assegurando meios de exame da demanda trazida à apreciação do Estado.

Assim, tal princípio garante a todos os cidadãos a possibilidade de socorrer-se nas vias judiciais, pois pior do que ter um direito violado, é a impossibilidade de fazer valer esse direito por meio da função jurisdicional. Dessa forma, o exercício da ação cria para o autor o direito à prestação jurisdicional.

O direito de ação é um direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional. O Estado-juiz não está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo aplicar o direito a cada caso que lhe foi trazido. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causas de responsabilidade judicial.

Por ser garantia individual do cidadão, o Estado está obrigado à prestação jurisdicional, sempre que lhe seja posta uma determinada lesão ou ameaça a direito, cabendo a ele a competência para a decisão final.

Contudo, o fato de a Constituição Federal reconhecer a todas as pessoas o direito a obter a tutela judicial efetiva por parte dos juizes ou tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos não a desobriga ao cumprimento às condições da ação e pressupostos processuais legalmente estabelecidos. Dessa forma, essas previsões não encontram nenhuma incompatibilidade com a norma constitucional, uma vez que se trata de requisitos objetivos e genéricos, que não limitam o acesso à Justiça, mas regulamentam-no.

No entanto, não há que se estabelecer confusão entre o direito de ação e o direito de petição assegurado na Constituição Federal, já que o primeiro visa à proteção de direitos contra ameaça ou lesão, ao passo que o segundo, assegura, de certa forma, a participação política, independente da existência de lesão ao direito do peticionário.

Enfim, esse princípio basilar de nosso ordenamento veda qualquer tentativa, ainda que por meio de lei, de se dificultar ou de excluir o acesso dos particulares ao Poder Judiciário na busca de tutela a direitos que entendam estarem sofrendo ou ameaçados de sofrer lesão, uma vez que garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva, constituindo assim um dos alicerces do Estado de Direito.

## 2.6 Princípio da isonomia

A Constituição da República de 1988 consagra o referido princípio, expressamente, no caput do artigo 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”.

Menciona Nery Junior (1996) que o princípio da isonomia processual é o direito que tem os litigantes de receberem idêntico tratamento pelo juiz. Ensina ainda o referido autor que dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Pellegrini (apud Gama, 2005) afirma que “o amplo sentido do axioma (os homens nascem livres e iguais em direitos) implica na abolição dos privilégios e na absoluta nivelção de todos perante a lei”.

Deve-se, contudo, buscar não somente esta aparente igualdade formal, mas principalmente, a igualdade material ou substancial, na medida em que a lei deverá tratar de maneira igual os que se encontram em situação equivalente e de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Dessa forma, o princípio em tela não é absoluto e assim não proíbe o tratamento discriminatório entre indivíduos, desde que haja razoabilidade para a discriminação. O que não se admite é que o parâmetro diferenciador seja arbitrário, desprovido de razoabilidade, ou deixe de atender a alguma relevante razão de interesse público.

O princípio da igualdade vincula tanto o legislador (igualdade na lei) como os aplicadores da lei (igualdade perante a lei) ao caso concreto.

A igualdade é a base fundamental do princípio republicano e da democracia. Tão abrangente é esse princípio que muitos dele decorrem como o da proibição do racismo.

## 2.7 Princípio do juiz natural

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do juiz natural tem assento constitucional no Título dedicado aos “Direitos e Garantias Fundamentais”. A inserção deste princípio, inciso LIII do artigo 5º, revela o grau de importância dispensada pelo legislador original, consagrando-o como uma garantia individual.

Assim dispõe o inciso LIII que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Deve-se também dar destaque ao inciso XXXVII, do artigo 5º, o qual prescreve “que não haverá juízo ou tribunal de exceção”, devido à sua íntima relação como o dispositivo acima referido.

Deve-se ressaltar, contudo, e desde logo, que em momento algum a Carta Magna refere-se a “juiz natural”, tendo sido a doutrina que atribuiu tal intitulação, dentre outras menos conhecidas como o princípio do juízo legal, o princípio do juiz constitucional e o princípio da naturalidade do juiz.

Pode-se definir tribunal de exceção como aquele que é criado após o cometimento do fato, *ex post facto*. Considera-se que neste tribunal há uma predisposição para condenar o réu, uma vez que foi instituído para proceder a um julgamento predeterminado, comprometendo a imparcialidade do juiz.

O clássico exemplo de tribunal de exceção seria o Tribunal de Nuremberg, criado após a Segunda Grande Guerra.

O chamado tribunal ou juízo de exceção é constituído ao arrepio dos princípios básicos de direito constitucional-processual, tais como imparcialidade do juiz, direito de defesa, contraditório e todos os demais princípios relacionados ao devido processo legal.

No entanto, em obediência ao princípio em tela, as pessoas só poderão ser julgadas por juízos/tribunais já existentes, previamente constituídos, garantindo em parte a imparcialidade como também só poderão ser processados e julgados por um órgão a quem a Constituição Federal atribui função jurisdicional. Assim, não pode ser qualquer órgão, mas aquele estabelecido através de regras objetivas de competência e nem qualquer pessoa, mas aquela legalmente investida no poder de julgar, como integrante de algum dos órgãos do Poder Judiciário.

O Princípio do Juiz Natural funda-se na garantia de imparcialidade do órgão julgador, constituindo um meio de defesa da sociedade contra o arbítrio estatal.

Tal garantia assenta-se na certeza do cidadão de ter seu direito julgado pelo juiz a quem a Constituição Federal delegou poderes para apreciá-lo. Nesse contexto, o Princípio do Juiz Natural é um importante meio de garantir a efetivação da justiça e fortalecer o estado de direito.

Deve-se também destacar que a inadmissibilidade do juízo ou tribunal de exceção tem inequívoca relação com o princípio do juiz natural, mas com ele não se confunde a ponto de perder a sua própria identidade.

Convém ressaltar que a justiça especializada (trabalhista, eleitoral e militar), não se confunde com o tribunal de exceção.

## 2.8 Princípio da motivação das decisões judiciais.

O princípio da motivação das decisões judiciais está disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, que assim dispõe: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder

Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

O artigo 131 do Código de Processo Civil prescreve que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Nesse contexto, a Constituição Federal repele de modo incisivo as decisões judiciais despidas de fundamentação, passíveis de nulidade, sanção essa prevista no dispositivo Constitucional acima referido.

Interessante observar que a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo, em regra, simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade.

A motivação das decisões judiciais revela-se em garantia das partes, bem como da própria sociedade. No primeiro caso, trata-se de garantia endoprocessual, como direito das partes de ver suas argumentações devidamente apreciadas pelos magistrados.

A motivação das decisões judiciais, portanto, revela-se como garantia da própria jurisdição, tendo como destinatários não somente as partes e juízes, mas a própria comunidade, que terá maiores condições de averiguar a imparcialidade e o preparo dos magistrados.

Ante o exposto, a liberdade conferida ao julgador não vai ao extremo de permitir que ele se abstenha de indicar as razões da formação de seu convencimento, assentado que o juiz não goza de liberdade irrestrita na valoração da prova, não pode, por exemplo, julgar segundo suas impressões pessoais, nem desprezar as regras jurídicas, os princípios lógicos, as leis econômicas, as máximas de experiência etc.

Dessa forma, a função jurisdicional concentrar-se-ia, assim, na comprovação, cuidadosamente estruturada, da incidência de norma abstrata ao caso concreto. Seu espaço de discricionariedade no exercício de tal função estaria delimitado pela “moldura” imposta pelo legislador, onde estaria contida a “vontade da norma”, não cabendo ao juiz, mero destinatário das leis, ampliar o alcance de tal moldura, impulsionado por motivações que não as estabelecidas em lei, estranhas à pureza exigida para a aplicação imparcial e formalmente igualitária do direito.

“Fundamentar” significa dar as razões, de fato e de direito, pelas quais se justifica a procedência ou improcedência do pedido. O ministro, desembargador ou juiz tem necessariamente de explicar o porquê do seu posicionamento.

Segundo Arruda (apud Gama, 2005) fundamentar “significa dar as razões de fato e de direito que levaram à tomada da decisão. A fundamentação deve ser substancial e não meramente formal”.

Assim, os fins da motivação da sentença estariam calcados na preservação de uma “segurança jurídica”, obtida através de decisões uniformes dos tribunais, conferindo aos cidadãos, a certeza de que serão julgados conforme estabelecido em lei e não estarão sujeitos a decisões arbitrárias do juiz.

Destaca-se também que, como exceção à obrigatoriedade da motivação das decisões, os julgamentos da competência do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem conforme sua íntima convicção, sem apresentar as razões de seu convencimento.

## 2.9 Princípio da proibição da prova ilícita

A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo está consagrada no inciso LVI do artigo 5<sup>o</sup>, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

O dispositivo acima referido é bem claro, assim quando for necessária ou for do interesse da parte apresentação de provas, é vedada a utilização daquelas obtidas por meios ilícitos, contudo a presença destas, em regra, não invalida o processo; o que ocorrerá é que, caso comprovado a existência de prova ilícita, o acusado não poderá ser punido com fundamento nessas provas.

Conforme Motta e Douglas (2004, p. 118), a prova obtida por meio ilícito “é aquela colhida com infração das leis, como por exemplo, as obtidas através de tortura, lesões corporais, invasões, fraude, etc.”.

Provas ilícitas são aquelas obtidas com violação às normas de direito material, enquanto provas ilegítimas são aquelas produzidas ou apresentadas em infringência às normas de direito processual, segundo Savino Filho (2006, p. 46).

Assim ocorre o que se denomina de “desentranhamento”, isto é, são separadas as provas lícitas das provas ilícitas; estas serão retiradas dos autos, mas o processo pode continuar com base nas provas lícitas, desde que exista alguma.

Porém as provas que derivam da prova ilícita, ainda que obtidas de forma regular são “contaminadas”, segundo a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*).

Dessa forma, percebe-se que a busca da verdade encontra limites em outros valores tutelados pelo ordenamento jurídico, principalmente nos direitos e garantias fundamentais assegurados ao cidadão.

Deve-se também destacar que a vedação constitucional da proibição da prova ilícita alcança tanto o processo judicial quanto o administrativo.

No entanto, é necessário frisar que, em caráter excepcional, as provas obtidas por meios ilícitos poderão ser admitidas, em respeito às liberdades públicas e ao princípio da dignidade humana, não se tratando assim de um direito absoluto.

## 2.10 Princípio da publicidade dos atos processuais

A atual Constituição Federal em seu artigo 5º, LX, prescreve: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

No mesmo artigo 5º, mas no inciso X – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal destaca que:

“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às partes e a seus advogados, ou somente

a estes, em casos nos quais a preservação do direito a intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público a informação”.

A Carta Magna é explícita, mas de forma indireta, em enunciar o princípio geral de que "todos os atos deverão ser públicos", condicionando severamente as exceções, sempre em lei expressa, aos casos de possível afronta ao direito de privacidade (protegido no mesmo artigo, inciso X) ou interesse social.

No entanto, a publicidade dos atos processuais é uma garantia de transparência, independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz.

Dessa forma, importa dizer que haverá situações em que dito princípio constitucional terá sua aplicação restringida em favor de outros valores de maior prevalência na ponderação do caso concreto. Uma das causas dessa mitigação poderá ser, por exemplo, o próprio interesse público, quando a manutenção de sigilo do que está sendo discutido nos autos é conduta que se impõe como medida indispensável aos interesses da coletividade. Por isso, a própria Constituição Federal consagrou esta possibilidade em seu artigo 5º, inciso LX, que trata da relativização do princípio da publicidade por força de imperativos de ordem social.

Outra causa de mitigação do princípio da publicidade é o direito à intimidade, que prevalecerá na ponderação do caso material, toda vez que a invasão à esfera privada não representar qualquer benefício ao interesse público, consubstanciando-se em indevida e repudiável intromissão estatal na vida particular.

Pode-se falar, portanto, em publicidade absoluta ou plena e também em publicidade restrita ou especial. No primeiro caso, é assegurado à população em geral o livre acesso a audiências, sessões de julgamentos e demais atos processuais. É regra no direito brasileiro. No

segundo caso, presente o interesse social ou a necessidade da defesa da intimidade, poderá determinar a publicidade restrita a um número reduzido de pessoas.

Frise-se que, ainda que o processo seja público, em regra, o artigo 155 do Código de Processo Civil estabelece que os relacionados à área de família, divórcio, separação, alimentos, guarda de menores e aqueles processos em que o interesse público o exigirem correrão em segredo de justiça. Sobre tais processos, somente os advogados constituídos e as partes poderão ter acesso; aqueles que tiverem interesse em tais processos ou necessitar certidões dos mesmos, somente com autorização judicial.

Por fim, importa registrar que o princípio da publicidade é ferramenta de fiscalização da qualidade da prestação de serviço oferecido pelo Poder Judiciário, que deverá pautar suas decisões em consonância com os ditames constitucionais e legais, demonstrando dessa forma ser uma das características do devido processo legal.

## CAPÍTULO 3 ASPECTO PROCESSUAL E SUBSTANTIVO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

No terceiro e último capítulo, analisar-se-á as vertentes do devido processo legal, iniciando com o fornecimento do conteúdo do referido princípio e seguindo com esclarecimentos sobre o aspecto formal e material do devido processo legal.

### 3.1 Conteúdo

O texto constitucional pátrio de 1988, como dito alhures, trouxe explicitamente o princípio do devido processo legal no seu artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A norma contida no enunciado do referido artigo é um princípio porque não descreve um comportamento, mas sim a realização de um fim (norma imediatamente finalística). Isso não significa que a norma não prescreva comportamentos, mas apenas que tais comportamentos (obrigatórios justamente por serem necessários à realização do fim) não estão descritos no enunciado, como ocorre com as regras.

É certo que o devido processo legal, possuindo status de sobre-princípio, informa a interpretação de princípios constitucionais correlatos que possuem maior grau de concretização (sub-princípios), tais como a ampla defesa, contraditório, juiz natural, vedação de prova ilícita, etc.

O devido processo legal não está consubstanciado apenas em um princípio constitucional, mas sim, num princípio que rege todo o sistema jurídico pátrio, informando a

maneira como se realizarão todos os procedimentos processuais, assim como os administrativos.

Dessa forma, o conteúdo do devido processo legal pode ser visualizado também pelos princípios que nele estão contidos, dentre eles merecem destaque o da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição, da inafastabilidade da jurisdição, da isonomia, do juiz natural, da motivação das decisões judiciais, da proibição da prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, dentre outros.

Consequentemente é possível encontrar, ao longo da história do devido processo legal, conteúdo e funções variáveis, que fazem de qualquer tentativa de definição uma mera ilusão utópica; contudo, existe uma idéia diretiva, uma função primária, que conduz todo esse processo desde o nascedouro, que é o controle do poder.

O devido processo legal possui um caráter fluido e sua vocação é possuir um conteúdo não aprisionável a circunstâncias de tempo e lugar pré-determinadas. Apesar disso, é indiscutível que um esforço de densificação contribui para potencializar a proteção prometida pela norma.

Assim menciona Gama (2005, p.28-29), “Não se pode negar que o conteúdo do princípio depende do momento histórico, da oportunidade política, do fato social, do sistema de direito, da área do direito...”.

Todavia, diante da amplitude do alcance do devido processo legal, percebe-se a dificuldade em conceituá-lo com precisão e estabelecer sua real extensão e aplicabilidade.

O princípio do devido processo legal está relacionado à idéia de controle do poder estatal. O Estado pode, através de seus órgãos, a fim de realizar os fins públicos, impor restrições aos bens individuais mais relevantes. No entanto, não pode fazê-lo arbitrariamente.

O escopo do princípio estudado é reduzir o risco de ingerências indevidas nos bens tutelados, através da adoção de procedimentos adequados. Ou, ainda, garantir que a prolação de determinada decisão judicial ou administrativa seja precedida de ritos procedimentais assecuratórios de direitos das partes litigantes.

Por conta da sua conotação ampla, a doutrina bipartiu a análise desta garantia constitucional em substantive *due process* e *procedural due process*.

Assim, o devido processo legal é uma expressão significativa do Estado de Direito, impondo ao titular do poder o dever de desenvolver-se sem afetar arbitrariamente os direitos fundamentais do indivíduo, que são tutelados pela atual Constituição Federal, de modo a contribuir eficazmente para o estabelecimento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

### 3.2 Devido processo legal processual

O princípio do devido processo legal possui duas facetas: processual e substancial.

Contudo, convém ressaltar que a cláusula do devido processo legal, na sua concepção originária, não visava a questionar a substância ou o conteúdo dos atos do Poder Público, diferentemente do que ocorre nos dias atuais.

Hoje, o aspecto processual, atrelado ao material, oferece maior garantia ao cidadão de justa decisão nas manifestações estatais tal como defendido na Lei Maior.

No sentido processual, o devido processo legal significa a garantia concedida à parte para utilizar da plenitude dos meios jurídicos existentes, tendo como decorrência a paridade de armas, contraditório, ampla defesa, dentre outras garantias e direitos processuais, com o fim de assegurar um processo justo e regular.

Assim, o devido processo legal em sentido processual (*procedural due process of law*), também denominado de devido processo adjetivo ou formal, pode ser definido conforme Martins (2005, p.113), “como a garantia de não haver um simulacro de processo, ou seja, é observado o direito de defesa; o juiz deve ser imparcial; são assegurados ao acusado os meios de prova etc.”.

E segundo Capez (2005, p.30 -31), o devido processo formal:

garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, a revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado.

Paulo e Alexandrino (2003, p. 122) entendem o princípio do devido processo legal como:

garantia material, ou substantiva de proteção ao direito de liberdades do indivíduo, mas também é garantia de índole formal, aplicável a qualquer processo restritivo de direito. Significa dizer que deve ser assegurada ao indivíduo uma paridade total de condições em face do Estado, quando este intentar restringir a liberdade ou o direito aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos daquele.

a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materialize se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas.

Ante o exposto percebe-se que no sentido processual zela-se pelo respeito aos procedimentos e ritos, aos prazos, à observância das regras processuais, previamente estabelecidas, uma vez que o processo é composto de fases e atos processuais que devem ser rigorosamente seguidos viabilizando as partes à efetividade do processo, pois somente aí haverá manifestação de um Estado Democrático de Direito, no qual o povo não somente se sujeita a imposição de decisões como participa ativamente destas.

O devido processo legal passa então a simbolizar a obediência às normas processuais estipuladas em lei, como uma garantia constitucional concedida a todos, possibilitando a parte ter acesso à justiça, deduzindo sua pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível.

Dessa forma, a garantia concedida aos cidadãos não mais reside na anterior delimitação das finalidades perseguíveis pelo Estado, mas principalmente na prévia fixação dos meios, condições e formas a que se têm de cingir para alcançá-los.

Enfim, o devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo, ou a ordem judicial, são executados, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei ou regulamento viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato.

### 3.3 Devido processo legal substantivo

O devido processo legal substantivo (*Substantive due process of law*) é a manifestação do devido processo legal na esfera material. Considera-se o seu alcance mais amplo que o seu lado procedimental, apesar de menos difundido que este.

Assim conforme Bonfim (2005, p.06), o devido processo legal material “representa uma garantia aos cidadãos contra qualquer atividade arbitrária, desproporcional ou não razoável do Estado, que viole direitos fundamentais dos administrados”.

Pinho (2003, p. 116) afirma consistir o devido processo substantivo na “proteção dos direitos e liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressora ou destituída de razoabilidade”.

Segundo Lima (apud Gama, 2005), o conteúdo material do devido processo legal significa “que o Estado não pode, a despeito de observar a seqüência de etapas em um dado procedimento, privar arbitrariamente os indivíduos de certos direitos fundamentais. Exige-se razoabilidade da restrição”.

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

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

Dessa forma, essa versão substantiva do devido processo legal tornou-se um instrumento importantíssimo de defesa dos direitos individuais, fazendo com que houvesse o controle do arbítrio do legislativo e da discricionariedade governamental, procedendo-se, por

seu intermédio, ao exame da razoabilidade e da racionalidade das normas jurídica e dos atos do Poder Público em geral.

Não basta limitar o Estado somente do ponto de vista procedimental, obrigando-o a respeitar o “processo justo”, definido em lei. Tão relevante quanto a observância das formalidades legais devidas é a imposição de limites à própria criação jurídica dessas formalidades. De nada adianta estabelecer limites formais a atuação do estatal, se ela não conta com barreiras no preciso momento da formulação dessas mesmas regras jurídicas.

É crescente a idéia de que nem todo produto legislativo, ou administrativo, é consentâneo com os ditames constitucionais, notadamente com os direitos fundamentais, fazendo-se necessários o direcionamento, a fiscalização dessa atividade por meio do devido processo legal, levando a uma gradual conscientização no meio jurídico nacional acerca da existência do aspecto substantivo da cláusula.

Também deve-se destacar a sua íntima relação com o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, havendo quem afirme como Lenza (2006, p.566) que “do devido processo legal substancial ou material são extraídos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”, pois é por meio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que o devido processo legal substantivo se faz atuar.

Cabe ressaltar que tais princípios têm sido utilizados pela doutrina e jurisprudência brasileira como expressões sinônimas, contudo eles têm, indubitavelmente, magnitudes diversas e não podem ser igualados, pois, enquanto a razoabilidade opera com variáveis subjetivas, a proporcionalidade atua com elementos objetivos, extraídos da hipótese concreta. Entretanto, considerando que a proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em

uma relação inextrincável, e que não pode ser dissolvida, justifica-se a intercambialidade dos termos proporcionalidade e razoabilidade pela comunidade jurídica brasileira.

Ainda sob o ângulo material ou substancial, o devido processo legal significa a busca da justiça, e assim, além do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, é possível encontrar outro fundamento constitucional para o devido processo legal substantivo: trata-se do artigo 3º, inciso I, que prevê:

Art. 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, inciso I - “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Tal entendimento é obtido por meio da interpretação da palavra “justa”. É objetivo da República Federativa do Brasil que as normas e atos do Poder Público tenham conteúdo justo, razoável, proporcional. Tal norma reforça a existência do princípio do devido processo legal no seu sentido substantivo, e como decorrência, a razoabilidade e proporcionalidade das leis.

Pelo devido processo legal substantivo, o Poder Judiciário, no exercício de seu mister constitucional, tanto se resguarda e garante a própria independência, respeitada a harmonia com os demais Poderes, dever constitucionalmente determinado, quanto protege os indivíduos contra ações arbitrárias e opressoras dos diversos órgãos e entes do Estado, uma vez que a dimensão substantiva significa em realidade o controle do Legislativo pelo Judiciário, tendo como fim invalidar os atos legislativos, as leis que interfiram nos direitos individuais, assegurando a todo cidadão o bem-estar e a segurança necessária para a convivência, sob a proteção Estatal.

Enfim, o devido processo legal substantivo permite o questionamento substancial do ato estatal, notadamente o produto legislativo, constituindo-se em medida de aferição da legitimidade do ato restritivo de direitos fundamentais, fornecendo meios de censurar a

própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático.

### 3.3.1 Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se encontram expressamente previstos na Constituição de 1988. Isto, contudo, não permite que se afirme que tais princípios estejam afastados do sistema constitucional pátrio, posto se pode auferi-los implicitamente de alguns dispositivos.

Os referidos princípios estão implícitos na Constituição Federal, tendo como sede material a cláusula do devido processo legal, a qual se encontra expressa no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, que assim dispõe: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Assim sendo, não se pode negar que a razoabilidade e a proporcionalidade integram de forma cabal o ordenamento constitucional brasileiro e constituem princípios inarredáveis para elaboração e interpretação das leis.

Dessa forma, pode-se dizer que o princípio do devido processo legal permite o controle da razoabilidade das leis, o que seria o próprio princípio do devido processo legal substancial.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade funcionam como um mecanismo de controle da discricionariedade administrativa e legislativa, permitindo ao Judiciário invalidar as ações abusivas ou destemperadas dos administradores e dos legisladores.

A razoabilidade prende-se à busca pelo ideal de justiça e, para se aproximar deste, o instrumento principal é o senso de proporção. Utilizando-se deste, o intérprete pondera os

valores que informam o ordenamento jurídico, buscando o equilíbrio, a moderação e a harmonia.

Para que seja adequada aos limites do devido processo, uma lei deve apenas "ser razoável". Isto é, a lei deve empregar razoáveis meios para atingir seus fins, os meios devem mostrar uma razoável e substancial relação aos propósitos do ato, não impondo qualquer limitação desproporcional.

Para que a atuação do Estado não seja destituída de razoabilidade, ela deve pautar-se na necessidade, exigibilidade e adequação, ou seja, impondo a medida menos gravame ao interesse que se contrapõe ao fim buscado, ponderando os interesses em jogo.

O devido processo legal, mais especificamente o seu aspecto substancial, encerra os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pelo qual se deve pautar tanto o legislador quanto o juiz. Ou seja, as decisões devem ser adequadas e proporcionais à aplicação do direito aos fatos provados no processo. As leis têm que disciplinar a realidade também de forma adequada e proporcional. Nem a lei nem o processo podem prescrever absurdos.

Também se faz importante reforçar que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são distintos e independentes; contudo, diante da inextrincável relação de ambos, não far-se-á distinções.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se através dos fatos históricos que o primeiro documento jurídico a fazer menção ao princípio do devido processo legal foi a Carta Magna de 1215, no seu artigo 39, o qual utilizou a expressão *per legem terrae*, redigida em latim e mais tarde traduzida para *law of land*, ou seja, “lei da terra”.

Posteriormente, esse princípio foi adotado pelas Emendas Quinta e Décima Quarta da Constituição Americana em 1787.

No Brasil, as constituições pátrias sempre o adotaram, mas somente na Constituição de 1988 foi erigido (ou elevado) expressamente à categoria constitucional e, atualmente, dentre os inúmeros institutos, é de primordial destaque o princípio do devido processo legal, a sua normatização entre os direitos fundamentais, mais especificamente no art. 5º, inciso LIV, constituindo um controle jurisdicional alcançado através de um processo justo e fundamentado em princípios democráticos e igualitários.

Durante o estudo, percebeu-se que tentar definir o devido processo legal não é tarefa fácil, senão impossível, até porque ele não deve ficar adstrito a conceitos pré-estabelecidos, porquanto que deve se adaptar aos novos direitos decorrentes da mutabilidade e do avanço social.

Neste trabalho também abordou-se a vertente processual e material do princípio do devido processo legal e percebendo-se que este, na sua origem, não possuía seu aspecto material, uma vez que tinha alcance apenas processual.

A partir do fim do século XVIII, a vertente material do devido processo legal aflorou com toda a sua força, ficando evidente que o referido princípio não mais podia ser compreendido sem o seu lado substancial.

Dessa forma, o devido processo legal material é utilizado como instrumento para cercear leis ou atos administrativos que ofendam aos direitos do cidadão. Sua aplicação se dá-se com o auxílio do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, ou seja, ocorre a ponderação dos diferentes valores dos bens jurídicos protegidos ou tutelados.

Diante da abrangência, bem como da sua importância dele defluem importantes princípios, sendo assim considerado um princípio fundamental, porquanto guarda estreita relação com todos os demais princípios aplicáveis ao processo, ao passo que também assegura o exercício daqueles direitos contra fatos inibidores, como leis ou atos administrativos injustos.

Da análise do princípio do devido processo legal concluiu-se que este princípio expresso na Constituição de 1988 constitui uma diretriz básica do direito constitucional e processual civil, garantindo ao cidadão um eficiente sistema processual; que é o núcleo de muitos outros princípios, os quais em conjunto têm por finalidade assegurar o cidadão o acesso à justiça, tendo um processo justo e uma decisão justa; que o seu exercício é de fundamental importância num país democrático; que o princípio do devido processo legal deve estar sempre presente em todas as etapas do processo judicial, inclusive no momento da elaboração das leis.

Ante o que foi exposto, fica evidenciado que, o princípio do devido processo legal é uma expressão significativa do Estado de Direito e se instrumentaliza na concretização dos

direitos e garantias fundamentais. O Estado Democrático de Direito não pode prescindir do respeito à Constituição e aos princípios contidos nela.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à constituição do Brasil. Vol. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONFIM, Edílson Mougenot. Processo penal 1: dos fundamentos à sentença. São Paulo: Saraiva 2005.

BRASIL, Código de processo civil. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; Teoria Geral do Processo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FILHO, Cármine Antônio Savino. Direito processual civil resumido. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

FILHO, Misael Montenegro. Como se preparar para o exame de ordem. 3. ed. São Paulo: Método, 2006.

GAMA, Lúcia Elizabeth Peñaloza Jaramillo. O devido processo legal. São Paulo: Editora de Direito, 2005.

JÚNIOR, Fredie Didier. Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2006.

JÚNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade; Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9. ed. São Paulo: Editora RT, 2006.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição Brasileira, volume 1 São Paulo: Manole, 2005.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William; Direito Constitucional. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo; Direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria geral da Constituição e direitos Fundamentais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. Teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SANTOS, Vauledir Ribeiro. Como se preparar para o exame de ordem. 3. ed. São Paulo: Método, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; Curso avançado de processo civil, volume 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; Curso avançado de processo civil, volume 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.