

CONSIDERAÇÕES ATUAIS SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Eduardo Kochenborger Scarparo ¹

*Advogado em Porto Alegre.
Mestrando em Direito Processual Civil (UFRGS).*

1. Introdução. 2. Histórico. 2.1. Origem Anglicana e Americana. 2.2. O Devido Processo Legal no Brasil. 3. Devido Processo Legal Revisado. 3.1. Substantive Due Process of Law. 3.2. Due Procedural of Law.

1. Introdução.

Atualmente, em função das conhecidas mudanças culturais experimentadas, a importância do devido processo legal resta dimensionada de tal maneira que pode ser compreendido como a base sobre a qual todos os demais princípios processuais se sustentam. Amolda-se sobremaneira no sistema jurídico processual, tanto que alguns autores o entendem como gênero do qual os demais princípios são espécies ². Deve-se compreender a cláusula do devido processo legal como direito fundamental e como meio, com vistas a balancear de modo adequado os valores no processo face ao exame concreto.

O desenvolvimento do instituto parte da aplicação da diretiva de interpretar os princípios de modo harmônico, para que tendam a “*colocar a norma a serviço dos autênticos fins sociais a que ela se dirige*” ³. Por isso, faz-se útil a extensão dos limites da cláusula do *due process of law*, tradicionalmente entendida no Brasil por seu viés procedimental, para circunstâncias extraprocessuais, abarcadas pela representação substancial.

O *due process of law* é norma basilar no ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, do direito processual. Dele derivam outros princípios processuais, cujo relacionamento é regrado pela cláusula constitucional ora em estudo. Cândido Rangel

¹ Contato com o autor: eduardo@scarparo.adv.br. <http://www.scarparo.adv.br>

² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 60.

³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Princípios Gerais do Direito Processual Civil*. In Revista da Ajuris, n. 34, p. 164.

Dinamarco ⁴, ao referir o não emprego pelo nosso código de processo civil da expressão “*devido processo legal*”, ponderou ser mais adequada sua localização constitucional ao revés de meramente processual. Isso porque, na verdade, sua dimensão ultrapassa os limites dos fenômenos do processo, alcançando atos e atividades políticas em geral.

Para Wambier, o devido processo legal tem significado mais restrito e tradicional, tanto que o conceitua unicamente como o processo cujo procedimento e cujas consequências tenham sido previstas na lei. ⁵ Essa postura limita a abrangência da cláusula ao princípio da legalidade entendido de modo amplo, com o que não se concorda.

Para nós, o devido processo legal também visa proporcionar a realização e o acesso a um processo justo, que decorre da equilibrada convivência da gama de princípios no sistema processual, em especial a segurança jurídica e a efetividade. Ruy Portanova ⁶, também integrando corrente ampliativa do conceito, atribuiu ao devido processo legal função de legitimar a jurisdição, porquanto tem por finalidade o desenvolvimento do processo com escopo jurídico, social, ético e econômico.

Compreende-se o devido processo legal, como o principal balizador do Direito Processual, porque ordena os princípios processuais à luz das peculiaridades concretas. Daí também sua conformação com o formalismo valorativo da regulação do processo. Assim, a elasticidade dada aos institutos processuais deve estar afeta à tarefa de adaptação da norma aos seus propósitos. Justamente essa intermediação deve ser realizada pelo devido processo legal, equilibrando-se a balança entre a efetividade e a segurança jurídica.

2. Histórico

Embora esculpido na ordem jurídica inglesa desde o remoto ano de 1.215 ⁷, o devido processo legal somente foi reconhecido expressamente pelo direito positivo brasileiro na Constituição Federal de 1988. Postado no rol de direitos e garantias fundamentais, especificamente no art. 5º, inciso LIV ⁸, é cláusula pétrea no sistema brasileiro e atua inarredavelmente no exercício do poder público.

A origem do instituto advém do direito estrangeiro. Trata-se de princípio de demasiada

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁵ WAMBIER; Luiz Rodrigues (org). *Curso Avançado de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 73.

⁶ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁷ Introduzido pela Magna Carta do Rei John Lackland.

⁸ **Constituição Federal de 1988, Art. 5º, LIV**: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

tradição nos ordenamentos anglo-americanos, a ponto de lá ser considerado uma forte referência cultural, agregada à compreensão da liberdade. Como o instituto é novo ao direito positivo pátrio, faz-se necessário o estudo histórico naqueles países.

Lembre-se que os ordenamentos jurídicos somente encontram validade e acolhimento quando em consonância com as diretivas culturais locais. Daí a imprescindibilidade de cautela na importação de instrumentos, fazendo-se necessária a referência e adaptação com as peculiaridades brasileiras. Feita essa ressalva, passa-se ao seu estudo histórico.

2.1. *Origem Anglicana e Americana*

O devido processo legal tem origem na Inglaterra, no século XIII, quando previsto na Magna Carta inglesa. A carta inglesa decorreu de um processo histórico reacionário que visava a manutenção de direitos rurais dos nobres senhores de terras ingleses contra a coroa inglesa.

Com a invasão normanda liderada pelo Duque Willian, vulgo “*O Conquistador*”, em 1.066, sucumbiram os saxões no domínio inglês. Os sucessores de Willian, Henry I e Henry II foram obrigados, a fim de evitar rebeliões que pudessem repercutir em dificuldades na manutenção política da região, a conceder diversas cartas de franquias a nobres ingleses.

Sucessor de Henry II, Ricardo Coração de Leão, após participar da terceira cruzada, foi preso na Áustria, momento em que seu irmão, *John*, aproveitou-se para estimular rebeliões no reino e tomar o poder. Ricardo Coração de Leão voltaria à Inglaterra e reassumiria o trono, porém por breve período, falecendo em virtude de ferimento recebido em batalha.

O reinado de John, chamado “Sem Terra”, foi deveras conturbado. Pontes de Miranda assim referiu o momento histórico:

*Os desastres, cinzas e arbitrariedades do novo governo foram tão assoberbantes, que a nação, sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indispôs, e por seus representantes tradicionais reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência, então, de toda a Inglaterra. Atuou sobre todas as camadas sociais; postergou regras jurídicas sãs de governo; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e a humildes, ameaçava desnervar a energia nacional, que se revoltou*⁹

Sob as pressões sociais, não teve outra alternativa João Sem Terra senão, em 15.06.1215, nos campos de Runymmede, concordar com os termos apresentados pelos barões ingleses, declaratórios de direitos, conhecidos como *Magna Carta de Libertatibus*. Com a

⁹ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas-corporis*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 11

aposição do selo real, o rei jurou respeito às franquias e imunidades ali esculpidos. Dentre as disposições de preservação de direitos e liberdades da nobreza inglesa, estava o *direito da terra*, ou, *the law of land*, ou, ainda, na expressão latina “*per legem terrae*”.

*Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exoletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*¹⁰

A declaração da *Carta de Libertatibus* é fundamental para o desenvolvimento do constitucionalismo, porque, pela primeira vez, se instituiu limites ao exercício do poder soberano¹¹, ainda que, inicialmente, tivesse como objeto a manutenção de benefícios e privilégios feudais, forma de defesa dos direitos rurais da elite inglesa e a ela apenas extensiva.

Com o desenvolvimento do instituto, em consequência das alterações histórico-sociais, o *law of the land* passou a englobar um vasto conglomerado de direitos e liberdades que, por fim, foi alastrado a todos os ingleses. A transformação operou-se no Parlamento Inglês, por atos do Rei Edward III, em 1.354, conhecidos como *Statute of Westminster of the Liberties of London*, quando, pela primeira vez, foi adotada a terminologia “*due process of law*”.

*None shall be condemned without trial. Also, that no man, of estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law*¹²

No sistema do Direito Comum – *Common Law* – a lei da terra é revestida de legitimidade, pois emanada do povo por seus costumes e declarada pelos juízes. Observa-se a relação umbilical entre devido processo legal e democracia.

O desenvolver histórico fez com que as expressões “*law of the land*” e “*due process of law*” fossem compreendidas como equivalentes. Porém, como bem salienta Couture, a introdução da nova terminologia introjeta o desenvolvimento de uma maior proteção jurídica, pois não mais refere a *juízo de pares* ou *lei da terra*, mas a um processo legal de modo a

¹⁰ Magna Carta, alínea n. 39. Tradução livre, do latim, do prof. Eduardo Cunha da Costa, cuja colaboração muito se agradece: “*Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado ou desapossado ou exilado ou de outro modo destruído, nem contra ele iremos ou contra ele mandaremos, salvo pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra.*”

¹¹ GRINNOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 23

¹² SILVEIRA, Paulo. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, APUD RADIN, M. *Handbook of anglo-american legal history*. Saint Paul, 1936, p. 153. Tradução livre do autor: “*Ninguém será condenado sem julgamento. Também, nenhum homem, da classe ou posição social que for, será expulso da terra ou de sua morada, ou levado aprisionado, ou deserdado, ou morto, sem ser trazido à resposta pelo devido processo legal.*”

garantir a proteção do direito material.¹³ Ao tempo da instituição, ressalve-se, detinha influências unicamente no campo penal e de cunho eminentemente processuais.¹⁴

Nos séculos XVII e XVIII, de grande destaque os estudos de Coke e Blackstone, identificando o conceito de garantia de legalidade ínsito no instituto do devido processo legal britânico.

Em 1610, Edward Coke, juiz inglês, defendeu a revisão judicial dos atos do Parlamento das Cortes de “*common law*”, como decidiu no famigerado “*Dr. Bonham’s Case*”¹⁵, quando impediu que o parlamento determinasse que o interessado na causa fosse o seu julgador, ou melhor dizendo, que se fosse instituído um juiz em causa própria. Intercedeu para a supremacia da Magna Carta sobre os poderes estatais, atribuindo a cláusula o significado de julgamento previsto pela *common law*.¹⁶ Definiu também o devido processo como sendo aquele que consagra “*processo e acusação por homens de bem e justos e, conseqüentemente, requer um juízo e prova de culpabilidade do acusado*”¹⁷.

Willian Blackstone, por sua vez, propunha a diferente posição hierárquica de alguns direitos individuais em face do Poder do Parlamento. Enumerou três principais e primários artigos da liberdade inglesa: o direito de segurança pessoal, o direito de liberdade pessoal e o direito à propriedade privada, traçando suas origens.¹⁸ Em suas palavras, a Magna Carta “*protected every individual of the nation in the free enjoyment of his life, his liberty and his propriety, unless declared to be forfeited by the judgement of his peers of the law of the land*”¹⁹. Como Coke, também efetuou relação direta entre o devido processo legal e à estrutura da *common law*.

O devido processo legal aparece, no desenrolar histórico, ainda em três dos mais importantes diplomas legais ingleses: o *Petition of Rights (1628)*, o *Habeas Corpus Act (1679)* e o *Act of Settlement (1701)*. Restou atribuída à cláusula em exame o caráter de garantia fundamental do processo inglês.

Com a colonização americana pelos britânicos, teve-se a expansão ultramarítima dos

¹³ COUTURE, Eduardo. *Las garantías constitucionales del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 100.

¹⁴ CASTO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 34.

¹⁵ Disponível em http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_process1.html. Acesso em 10 de maio de 2005.

¹⁶ GRINNOVER. Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 25.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 480-481.

¹⁸ Aqui parece notória a influência dos ideais de John Locke, se considerada sua trilogia de direitos naturais inalienáveis: vida, liberdade e propriedade.

¹⁹ Tradução livre do autor: “*protegeu cada indivíduo da nação ao livre usufruto de sua vida, liberdade e propriedade, a menos que declarado penalizado pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra*”.

modelos ingleses que, em decorrência de sua inserção em diferentes bases culturais, sofreu transformações. Assim, no novo continente, o *law of the land* passou a ser compreendido e aplicado de forma própria.

Deve ser ressaltada a influência francesa no desenvolvimento do instituto nas colônias americanas, culminando com o *Bill of Rights* da Virgínia (1776), ato que precedeu a declaração de independência americana. Mesmo algumas Constituições Estaduais Americanas anteriores à Constituição Federal Americana (1787), como as de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts, já previam a garantia do devido processo legal, repetindo as disposições da Carta Magna Inglesa e da Lei de Eduardo III.

Passa-se, neste momento do estudo, ao o desenvolvimento normativo sob ótica cronológica, iniciando com a Declaração dos Direitos da Virgínia (agosto de 1776) que previa ao final do dispositivo 8º “*that no man be deprived of his liberty, except by the law of the land or the judgement of his peers*”²⁰.

A Declaração de Delaware (setembro 1776), na seção 12, rogava:

*That every freeman for every injury done him in his goods, lands or person, by any other person, ought to have justice and right for the injury done to him freely without sale, fully without any denial, and speedily without delay, according to the law of the land*²¹.

Sob a influência da idéias de Blackstone, a “Declaração dos Direitos de Maryland” (novembro de 1776), referia-se, em excerto normativo, pela primeira vez, ao trinômio *vida-liberdade-propriedade*, esculpido na Constituição Federal Americana.

*That no freeman ought to be taken, or imprisoned, or disseized of his freeholds, liberties, or privileges, or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty or property, but by the judgement of his peers, or by the law of the land*²².

Na seqüência, em dezembro de 1776, a Declaração dos Direitos da Carolina do Norte, praticamente repetia a disposição retro²³. Da mesma maneira, as declarações de Vermont, Massachusetts e New Hampshire, acolheram o devido processo legal em seus espaços legais²⁴.

²⁰ Tradução livre do autor: “Nenhum homem será privado de sua liberdade, exceto pelo devido processo legal e pelo julgamento de seus pares”.

²¹ Tradução livre do autor: “Todo homem livre para cada ofensa feita a sim em seus bens, terras ou pessoa, por qualquer outro, deve ter justiça e direito à justiça pela ofensa feita a ele livremente sem venda, completa sem qualquer negativa, e de forma célere sem postergações, conforme a lei da terra”.

²² Tradução livre do autor: “Nenhum homem livre deve ser levado, ou aprisionado, ou usurpado de suas terras, liberdades, ou privilégios, ou banido, ou exilado, ou de qualquer maneira destruído, ou privado de sua vida, liberdade ou propriedade, senão pelo julgamento de seus pares ou pelo direito da terra.”

²³ Não referia, porém, ao julgamento pelos seus pares, excluindo a expressão “*judgement of his peers*”.

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 63.

Após declaração de independência americana, foi assinado o Tratado de Paris (1783), outorgando liberdade e independência às 13 colônias. Silveira comentou que “*durante o conflito bélico, as 13 colônias viveram subordinadas aos chamados Artigos da Confederação*”²⁵ que, para Schroeder, “*devises a loose association among the states, and set up a federal government with very limited powers*”²⁶.

Paulo Silveira também expôs que, a fim de melhor estruturar o pacto confederativo, foram nomeados pelas colônias 55 delegados revisores dos Artigos da Confederação, que entenderam por bem fundar um novo sistema de governo, adotando pela primeira vez o federalismo, sob a notória influência das idéias de Locke e Montesquieu. A partição dos poderes atribuiu força ao Judiciário para anular atos legislativos (*statutes*), ou executivos (*executive orders*).

Refere ainda o magistrado que sob a orientação de *Thomas Jefferson*, dez emendas à Constituição Americana foram propostas, a fim de instituir um rol de direitos de liberdade, chamados de *Bill of Rights*.

Para nosso estudo, cumpre destacar a Emenda nº5 que tratou do devido processo legal, inserindo-o na Constituição Americana.

*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.*²⁷

Aprovada em julho de 1896, período posterior à Guerra Civil Americana, a Emenda XIV também referiu ao devido processo legal. A alteração constitucional tinha por finalidade a extensão dos direitos expressos no Bill of Rights a todos indivíduos norte-americanos, independentemente de cor. Buscava a proteção de minorias contra arbitrariedades de leis e, especialmente, de Constituições Estaduais.

Ocorre que, a necessidade inicial de proteção de minorias negras evoluiu com uma

²⁵ SILVEIRA, Paulo. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 24.

²⁶ SILVEIRA, Paulo. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 24. APUD SCHOROEDER, Richard C.; GLICK, Nathan. *An outline of American government*. USIA, 1989, p.7. Tradução livre do autor: “*Indicam uma frágil associação entre os estados e configuram um governo federal com poderes muito limitados*”.

²⁷ Tradução livre do autor: “*Nenhuma pessoa será detida para responder por crime capital ou hediondo, a menos que apresentada ou indiciada por um grande júri, com exceção dos casos levantados pelas forças terrestres ou navais, ou pela milícia, quando em serviço em tempo de guerra ou perigo público; não será sujeito pela mesma ofensa duas vezes a colocar em risco sua vida ou parte do corpo; tampouco será compelida em qualquer caso criminal a testemunhar contra si mesmo, ou privado de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem será a propriedade privada tomada para uso público sem a devida compensação*”.

interpretação conjunta com a quinta emenda, ampliando-se a interpretação da cláusula. Como efeito prático, lembrou Ada Pellegrini Grinover, “das 604 sentenças federais sobre a XIV emenda, prolatadas entre 1870 e 1911, somente 28 dizem respeito a negros e, destas, 22 lhe são desfavoráveis”²⁸.

Previa a emenda:

*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*²⁹

Bem salienta o Ministro português Adhemar Ferreira Maciel sobre a ampliação das características do devido processo legal pela proximidade com a cláusula de igual proteção das leis, ou princípio da igualdade perante a lei.³⁰

Também refere o jurista o julgamento da Suprema Corte Americana (*Bolling vs. Sharpe*), quando refere que os conceitos de *igual proteção* e *devido processo legal* têm origem similar, do valor *fairness* (retidão), não se excluindo de forma mútua. No mesmo sentido, arrebatada que a cláusula da igual proteção das leis é mais explícita acerca da proibição de iniquidade do que a cláusula do devido processo legal, do que se conclui sua inserção e associação no âmbito do *due process*.

Da mesma forma, no desenrolar histórico, vão sendo albergadas pelo devido processo legal diversas construções principiológicas, o que enseja a extensão de sua compreensão – mutabilidade dos institutos culturais e jurídicos. Não se pode olvidar o aspecto democrático na concepção americana e inglesa de devido processo legal. Assim porque constitui limitante ao uso do poder de forma arbitrária do legislativo, além de repercutir na indispensabilidade da participação do cidadão no processo, facilmente detectada pela relação íntima entre o devido processo legal e o contraditório, ou o *direito de ser ouvido*.

²⁸ GRINNOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 29.

²⁹ Tradução livre do autor: “*Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado fará ou executará nenhuma lei que desabrigue os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa em sua jurisdição a proteção igual das leis.*”

³⁰ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due process of law*. In Revista da Ajuris, n. 61, 1994, p. 39-40.

2.2. O Devido Processo Legal no Brasil.

O instituto do *due process of law* teve sua adoção expressa no sistema normativo brasileiro somente com a Constituição Federal de 1988. Note-se que tanto o Código de Processo Civil como o Código de Processo Penal não mencionam em nenhum momento a expressão “*devido processo legal*”. Em contrapartida, inúmeras regras decorrentes dos princípios norteadores do processo e também, como estes, formadoras do campo jurídico do devido processo legal, restam esculpidas nos diplomas processuais referidos.

Deve-se ressaltar, de antemão que, no Brasil, ao contrário do que ocorre nos países anglo-saxões, o devido processo legal possui compreensão doutrinária historicamente voltada ao âmbito formal, em detrimento de sua concepção substantiva. Outro aspecto relevante ao estudo da sua história no Brasil é a sua vinculação originária ao Processo Penal.

Neste sentido, salientou Roberto Rosas:

*A Constituição assegura aos litigantes (em 1969 – acusados) ampla defesa (art. 5º, LV). Dir-se-á que a regra dirige-se para o processo penal, administrativo ou fiscal. Assim pensa Pontes de Miranda. No entanto, essa restrição deve ser ponderada. O fato de alguém ser acusado não leva fatalmente a entender-se incriminação penal. Na tradição constitucional brasileira essa diretriz era para o processo penal, tanto que desde 1824 falava-se em prisão, culpa formada, nota de culpa, expressões não mais usadas no texto atual.*³¹

Importante deixar claro que o devido processo legal é uma construção histórica e cultural. Defende-se inclusive ser o instituto um dos pilares fundamentais para a aproximação oficial entre cultura e processo, como se verá. A sua percepção e adaptação aos modelos brasileiros exigem uma averiguação das condições particulares de identidade nacional do sistema processual. Por isso, indispensável traçar de modo breve o desenvolver constitucional de garantias e direitos fundamentais processuais nas constituições brasileiras.

Justamente, na primeira constituição brasileira, outorgada por Dom Pedro II, à época imperial, no art. 179, já estavam arroladas garantias individuais constitucionais, inclusive processuais³².

³¹ ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 45.

³² **Constituição Imperial de 1824. Art. 179** – “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

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

Percebe-se pela leitura dos incisos, influência dos princípios de defesa penal prévia (VIII) – necessidade de culpa formada –, de igualdade perante a lei (XIII) – embora o dispositivo denote cunho de direito material – e de Juiz Natural – em decorrência da necessidade do julgamento pelo juiz competente (XI).

Daí já decorrem algumas garantias processuais, nas quais encontra-se o embrião da cultura processual brasileira. A leitura denota que, à época, se pensava nesses direitos basilares processuais como correlatos dos direitos de defesa penal, característica com marcantes repercussões histórico-jurídicas.

Deve-se considerar a lógica constitucional sob a ótica da concentração de poderes ao chefe do Estado, por meio da instituição do Poder Moderador. Nas palavras de Joaquim Nabuco:

*Antes de tudo, o Reinado era o Imperador. Decerto ele não governa diretamente e por si mesmo, cinge-se à Constituição e às reformas do sistema parlamentar, mas como ele só é arbitro da vez de cada partido e de cada estadista, e como está em suas mãos o fazer e desfazer os ministérios, o poder é praticamente dele.*³³

Daí por que Silveira³⁴ comentou que, com a inexistência de um Poder Judiciário independente das rédeas deste Poder Moderador, “não há como falar em garantias de direitos individuais ou, especificamente, da observância do princípio do devido processo legal”.

Ao contrário, entende-se que, embora não fosse possível o confronto de eventuais arbitrariedades cometidas pelo então Poder Moderador com as garantias estabelecidas na Constituição Imperial, encontrava-se no texto o gérmen dos fundamentos do processo brasileiro. Isso porque, não é somente a realidade política que determina a compreensão do sistema de garantias. Veja-se que, embora ausente força política autônoma e suficiente do Poder Judiciário para coibir afrontas, não se pode cogitar a inexistência das garantias do cidadão, pois decorrem da declaração constitucional. Os direitos não se esboroam pelo fato de ser impossível a sua exigência. À época, os direitos, embora existentes, não possuíam corolários de garantia, em decorrência da falta de um poder independente a assegurá-los efetivos.

O mesmo ocorre na Constituição Republicana de 1891, que arrolava um número maior

XI. *Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta.*

XIII. *A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.*

³³ NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, 2 v., p. 1086.

³⁴ SILVEIRA, Paulo. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 32.

de direitos e garantias ³⁵ sem, no entanto, a exemplo do havido na Constituição Imperial, repercutir em reais conseqüências sociais.

Paulo Bonavides assim comentou o momento histórico:

Promulgou-se a lei maior, mas não diminuiu a distância entre as regras fundamentais e o meio político e social constitutivo do País real, aquele regido por impulsos autônomos exteriores ao espaço abstrato dos mandamentos constitucionais. As forças substancialmente efetivas de um constitucionalismo sem Constituição entravam a atuar nos condutos subterrâneos da inspiração revolucionária, movendo a sociedade para os anseios de mudança e reforma ³⁶.

A efetivação dos direitos e garantias constitucionais de 1891 restou prejudicada na história brasileira, porque a mera formalização constitucional do direito não bastou para sua concretização. Às vezes, a previsão apenas promove atenuação de pressões e forças sociais, inibindo o desenvolvimento de ações capazes de produzir mudanças significativas. A formalização estabelece, em contrapartida, parâmetros jurídicos hierárquicos e sistêmicos, influenciando a compreensão da ordem jurídica estabelecida.

Em 1926, foi realizada uma reforma constitucional ³⁷ que, entre outras alterações, restringiu os casos de defesa da liberdade pelo *habeas corpus*, estendeu as garantias da magistratura federal aos juízes estaduais, regulamentou casos de intervenção federal e alterou as competências jurisdicionais. No artigo 59, inseriu o parágrafo 5º ³⁸, afastando a possibilidade de acesso aos órgãos do Poder Judiciário. Silveira utilizou-se do precedente a fim de apontar o histórico do Poder Judiciário de não ser reconhecido como poder efetivo da União ³⁹.

Com a Revolução de 1930, vigorou nova Constituição, por apenas três anos, visto que a carta de 1934 foi substituída com a instauração da ditadura do Estado Novo, quando restou

³⁵ **Constituição Republicana de 1891. Art. 72** – “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes:

§ 2º - Todos são iguais perante a lei.

§ 15 - Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.

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

³⁶ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal. 1998, p. 8.

³⁷ Pode-se considerar para tanto as influências tenentistas e os eventos a elas relacionadas, tais quais a Revolta do Forte de Copacabana de 1922, a Revolta de Isidoro de 1924 e, principalmente, a Coluna Prestes, entre 1924 e 1926.

³⁸ **Constituição de 1891. art. 59, § 5º** – “Nenhum recurso judiciário é permitido, para a justiça federal, ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sítio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade, a perda de mandato aos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência de estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo”.

³⁹ SILVEIRA, Paulo. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.36.

outorgada a Constituição de 1937⁴⁰. Sem embargo da falta de inserção expressa do devido processo legal também nesses textos constitucionais brasileiros, se denota a repetição de princípios anteriormente já previstos e a si relacionados, principalmente no campo penal, quanto às garantias tradicionalmente interpretadas como de defesa⁴¹.

Ocorre que, a exemplo do ocorrido no histórico constitucional brasileiro, as garantias arroladas nos instrumentos não tiveram eficácia ou efetividade. José Afonso da Silva assim bem comenta:

*A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via dos decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.*⁴²

No mesmo sentido, seguiu-se a Constituição de 1946, que inventariava maiores garantias às liberdades civis⁴³. Integrou-se, ainda, como garantia processual constitucional o direito ao acesso à justiça pela não exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão a direito individual – princípio do direito de ação⁴⁴. Note-se que, pela primeira vez, temos em nosso sistema constitucional uma garantia ao processo pelo Poder Judiciário.

⁴⁰ A Carta Constitucional ficou conhecida como “a polaca”, por seu conteúdo repressivo e diretrizes fascistas, tal qual a Constituição Polonesa vigente à época.

⁴¹ **Constituição de 1934. Art. 113** – “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

I – Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

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

26 – Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita”.

Constituição de 1937. Art. 122 – “A Constituição assegura aos brasileiros, estrangeiros residentes no país o direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

*I*º – todos são iguais perante a lei;

II – 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.”

⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 74.

⁴³ **Constituição de 1946. Art. 141** – “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ *1*º Todos são iguais perante a lei.

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

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

§ *27* - Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior.”

⁴⁴ No dizer de Nelson Nery Junior, “quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132). Comenta também o referido autor, incutir ao princípio o direito à tutela jurisdicional adequada.

Sempre é conveniente lembrar a importância das mudanças valorativas sociais operadas, muitas decorrentes dos terrores da segunda guerra mundial, tais quais a nova concepção do papel social da mulher – movimento feminista – da criação de paradigmas científicos, da nova significação dada ao trabalho, da bipolarização mundial pela guerra fria, das redescobertas culturais pela globalização, dos movimentos raciais e estudantis, das crises econômicas, entre outras.

Vê-se porque, mesmo na Constituição outorgada de 1967, imposta em período de cerceamento de liberdades, havia previsão do princípio da igualdade de maneira mais especificada e extensa – “*sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas*”⁴⁵ -⁴⁶.

A doutrina de segurança nacional americana, como estratégia no combate às ideologias comunistas, teve notável influência na instauração da ordem ditatorial no país ao fim da década de sessenta. Com a promulgação de nova constituição, em 1967, restringiram-se inúmeros direitos individuais e sociais além das liberdades civis.

Esse texto constitucional é exemplo claríssimo de que o mero regramento legal de direitos e garantias fundamentais não tem o condão de, por si só, fazê-los realizados. Outra conclusão não se depura da leitura atenta do parágrafo 1º do artigo 150, que aponta o direito de igualdade perante a lei, independentemente de convicção política.

Note-se ainda que, assim como na Constituição democrática de 1946, estava garantido acesso ao judiciário. Dessa vez, porém, com a lógica e tratamentos da ditadura militar e o desrespeito às garantias freqüentes, a restrição ao efetivo usufruto dela mostrava-se percuciente⁴⁷.

Na seqüência, o Ato Institucional nº 5 suspendeu os direitos políticos e as garantias constitucionais, dando azo a um período de violências e barbáries aos direitos mais

⁴⁵ Trecho do art. 150, §1º da Constituição Federal de 1967. Aqui se tem claro que a aposição de algumas garantias em certos textos constitucionais é instrumento político de demagogia e controle social, com desiderato puro de atenuar suas tensões, não de serem efetivamente concretizadas.

⁴⁶ **Constituição de 1967. Art 150** – “*A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

§ 1º - *Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.*

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

§ 15 - *A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.*

§ 16 - *A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.*

⁴⁷ MOTTA, Cristina Reindolff da. *Due Process of Law*. In PORTO, Sergio Gilberto (org). *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 261/278.

fundamentais da pessoa ⁴⁸. A história do Brasil aponta o período como de grande repressão e perseguição de grupos políticos, justamente o revés do esculpido como garantias constitucionais.

Não é por acaso que a Constituição Federal de 1988 tem por característica o arrolamento detalhado de direitos e garantias fundamentais. Justifica-se em face da necessidade de romper com o regime repressivo então estabelecido, de modo a assegurar o cumprimento das garantias e dos direitos humanos.

Decorrencia disso é a inserção expressa do “*devido processo legal*” na Constituição de 1988 e de garantias processuais a si relacionadas em inúmeros incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988 ⁴⁹ - ⁵⁰, bem como em lugares esparsos de seu texto.

No inciso LIV, o sistema jurídico brasileiro, pela primeira vez, faz referência expressa ao “*devido processo legal*”. Posteriormente, a expressão também foi incluída no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 110 ⁵¹, o que será objeto de estudo em momento oportuno.

Nota-se pela leitura do histórico processo-constitucional que mesmo compreendendo-se o processo como instrumento garantidor de direitos e concretizador de democracias, tem-se a acolhida pela lei de práticas desrespeitadoras desses valores elementares. Assim pois a

⁴⁸ Nelson Nery Junior (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 131) comenta a inconstitucionalidade das disposições referindo-se ao AI-5 como “*episódio histórico que envergonhou direito brasileiro*”.

⁴⁹ **Constituição de 1988. 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:*

I - *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;*

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

XXXVII - *não haverá júízo ou tribunal de exceção;*

LIII - *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;*

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 ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

LVI - *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;*

LX - *a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;*

LXXIV - *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;*

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”.*

Constituição de 1988. Art. 93, IX – “*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, à próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.*

⁵⁰ Restam insertas sob a ótica do devido processo legal outras referências não transcritas, uma vez que os incisos selecionados assim o foram a fim de exemplificar a acolhida do *due process of law* pela Constituição Federal de 1988. Trata-se portanto de rol mais amplo, bastando a simples leitura do texto constitucional para a aferição das relações aqui explicitadas.

⁵¹ **ECA. Art. 110** – “*Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.*”

viabilidade da integração do instrumento para a concretização do direito material só se operando como supedâneo os direitos fundamentais, constituídos e compreendidos pelos aspectos momentâneos sociais, valorativos, culturais, históricos, políticos, éticos, econômicos, morais e ideológicos.

No texto constitucional, há diversos princípios processuais justamente como direitos e garantias individuais. Assim, a imprescindibilidade do *juiz natural* (XXXVII e LIII); do *contraditório e da ampla defesa* (LV); da *proibição da prova ilícita* (LVI); da *publicidade* (LX e art. 93, IX); do *acesso à justiça* (XXXV e LXXIV); da *fundamentação* (art. 93, IX); da *celeridade* (LXXVIII) e da *igualdade* (I).

Esses princípios integrados compõem o significado cultural brasileiro atribuído ao devido processo legal. Vê-se que o significado das orientações normativas não pode ser dissociado da historicidade. No direito americano a cláusula possui nítida agregação com a concepção de liberdade lá construída, fazendo-se parte ativa da democracia desenvolvida desde sua independência. Agrega raízes históricas.

O devido processo legal brasileiro não pode ser compreendido com simples remissão às escolhas estadunidenses porque somente têm significado e força normativa na medida em que busca significados em sua própria cultura. Busca-se com a inserção do devido processo legal no seio da Constituição Federal o zelo pelas garantias e pelos modelos de defesa e ação do cidadão frente ao poder público, compreendido na estrutura e realidade nacional. O ajuste necessário ao instituto no Brasil não deve partir de premissas construídas na cultura americana, mas sim ser o fruto de uma reflexão voltada às carências e anseios tipicamente brasileiros, orientando a realização de um processo justo, ou melhor, em harmonia com as suas particularidades, com a sua cultura e beleza.

3. Devido Processo Legal Revisado.

Pelo estudo histórico, percebe-se que a diferente abrangência do instituto e sua compreensão dogmática pelos sistemas anglo-saxão e do direito continental tem origem na sua compreensão estrutural. Veja-se que, para os países da *common law*, em especial para os Estados Unidos, o devido processo legal comporta duas facetas: *substancial* e *procedimental* – decorrência de seu desenvolvimento histórico-cultural.

Já nos países de direito continental, tem-se o pensado restritivamente, como o exclusivamente adequação ao procedimento. Não é por menos que Roberto Rosas clamou

pela superação do conceito unicamente procedimental do devido processo para o seu entendimento substancial ⁵².

A diferenciação está na abrangência a que é atribuída a função jurisdicional do Estado. Nos países anglo-saxões, cabe à jurisprudência a dicção da estrutura do direito, por meio de precedentes jurisprudenciais, o que embasa preceitos legais e normativos.

Passa-se, à análise das duas dimensões do devido processo legal, sempre buscando a adaptação construtiva à realidade nacional. Inicia-se com sua modalidade mais ampla: *a substancial*.

3.1. *Substantive Due Process of Law.*

Ao devido processo substancial incumbe a perquirição acerca da adequação do direito material, ou conteúdo da norma, a valores contemporâneos. Aqui, o âmbito de atuação é, preponderantemente, material ⁵³. Nelson Nery ⁵⁴ sustentou a substancialidade do devido processo legal na extensão da cláusula a todos os demais ramos do direito ⁵⁵. Comentou o renomado jurista a tendência das Cortes americanas na análise normativa perante o princípio da razoabilidade das leis ⁵⁶.

A substancialidade do devido processo legal está no dever de a lei obedecer a critérios que atendam ao senso de justiça e aos preceitos constitucionais de aplicação normativa pelo Poder Judiciário. ⁵⁷ A garantia, vista através desta óptica, remete à necessidade de exercício dos poderes estatais por meio de um *processo justo*, onde somente incidam as leis de direito material razoáveis, ou seja, em congruência com o sistema de valores sociais. Importa em dizer que “o processo devido começa por um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa” ⁵⁸.

Teve a primeira aplicação pelo Tribunal de New York, invalidando lei estadual que proibia o uso de bebida alcoólica. ⁵⁹ O histórico da aplicação da cláusula em modo

⁵² ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 195-204.

⁵³ Não significa que as normas processuais estejam alheias a este controle.

⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 65-68.

⁵⁵ Assim, é a reflexão do devido processo legal o princípio da legalidade no Direito Administrativo

⁵⁶ Consiste na análise da conveniência da legislação ao law of the land, cuja contrariedade deve ser controlada pelo Poder Judiciário.

⁵⁷ CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 42.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 482.

⁵⁹ SILVEIRA, Paulo. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 418.

substantial, porém, remete a um real controle do conteúdo normativo pelo Poder Judiciário. Todavia, essa tarefa deve ser empreendida com cuidado a fim de que não seja a cláusula subvertida em instrumento de arbítrio e uso político *lato sensu*. Assim se depreende da análise crítica do caso *Dread Scott vs. Sandford*, em 1857.

*Tratava-se de um escravo do Missouri que, uns 20 anos antes, havia sido levado pelo seu senhor para morar em Illinois e Wisconsin, territórios onde era proibida a escravidão. Voltando-se ao Missouri e não lhe agradando a vida ali, Scott recorreu à Justiça pedindo que fosse libertado, baseado na sua residência livre em solo livre. O Supremo Tribunal, com maioria de sulistas, decidiu que, voltando voluntariamente para um Estado onde havia a escravidão, Scott havia perdido o direito de ser livre e resolveu que seria inválida qualquer tentativa do Congresso para proibir a escravidão nos territórios.*⁶⁰

Veja-se que a decisão do Poder Judiciário americano, tinha por objeto o obstar das tentativas do Legislativo de por fim aos meios escravagistas. Assim porque se sobrepuseram valores conservadores dos sulistas, em maioria no órgão colegiado. À evidência que o julgamento não teve características predominantemente jurídicas⁶¹ acerca da adequação da norma aos preceitos fundamentais, mas de cunho político-reacionário, porquanto inserido em momento social de grande tensão e questionamento: às vésperas da eclosão da Guerra Civil americana.

O conceito de razoabilidade às leis antes referido somente foi trazido à consideração da jurisprudência americana pelas decisões dos casos *Malbury vs. Madison* e *Slaughter-House*, abrindo espaços para a *judicial review*.⁶²

Em *Malbury vs. Madison*⁶³, foi declarada a competência da corte suprema americana para revogar um estatuto federal promulgado pelo congresso. Em síntese, tratou-se de um caso de conflitos normativos entre lei e constituição, restando decidido pelo juiz John Marshall que o respeito às normas constitucionais devem governar o caso ao qual lei ordinária e constituição se aplicam.

Em suas palavras:

It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and

⁶⁰ SILVEIRA, Paulo. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 419. APUD GRAY, Wood; HOFSTADTER, Richard. *Panorama da história dos Estados Unidos*. Departamento Cultural da Embaixada dos Estados Unidos, 1969, p. 90.

⁶¹ Diga-se predominantemente eis que a nosso ver, resta impossível a realização das práticas sociais sem a interferência dos demais vetores sociais, tais quais o político.

⁶² SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 67.

⁶³ Disponível em http://www.landmarkcases.org/marbury/pdf/marbury_v_madison.pdf. Acesso em 10 de maio de 2005.

*interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each.*⁶⁴

Não é em outro sentido a pronúncia de Chief Justice Burger, da Suprema Corte Americana, ao referir:

*The Due Process concept embraced in our Constitution traces directly back nearly 600 years to Runnymede. It is more than a technical legal concept for it pervades our Constitution, our laws, our system, and our very way of life-that every person shall be accorded what is due.*⁶⁵

O devido processo legal substancial tem o alcance de vetar a promulgação, porquanto vincula também aos demais poderes do Estado, e da aplicação de leis que violem direitos fundamentais assegurados na Constituição. Silveira compreende a função da cláusula como de defesa do indivíduo contra atos de arbítrio estatal, pois afere ao Judiciário os poderes de verificar se a substância da norma está de acordo com os princípios milenares de decência, lisura e honestidade que informam o devido processo como cláusula garantidora das liberdades civis.⁶⁶ Há, então, notória correlação entre a cultura e o processo, ponto marcante da cláusula.

Sob novos leques ao devido processo legal, os juizes, baseados em princípios constitucionais de justiça, poderiam e deveriam analisar os requisitos intrínsecos da lei⁶⁷. O bom e diuturno desenvolvimento da compreensão de um devido processo legal substantivo deve levar ao extremo a proteção dos direitos fundamentais. Os critérios de justiça hão de ser permeados por novos paradigmas.

No pensar americano do devido processo legal substantivo, busca-se a consubstancialidade da norma à luz de valores sociais, independentemente de sua aposição no texto constitucional. Pelo viés da análise de constitucionalidade das leis, isso se torna possível e necessário àquele país, porquanto a Constituição norte-americana é deveras genérica e vaga de tal maneira que dela se pode extrair praticamente qualquer estrutura valorativa.

No Brasil, todavia, a compreensão do devido processo legal substantivo deve ser necessária e inarredavelmente correlata às diretivas do sistema constitucional. Como consequência, uma das possibilidades técnicas de se pensar o devido processo legal

⁶⁴ Tradução livre do autor: “*Compete ao departamento judiciário dizer o que a lei é. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares, devem expor e interpretar a regra. Se duas leis conflitam uma com a outra, as cortes devem decidir na operação de qual*”.

⁶⁵ SILVEIRA, Paulo. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 236. APUD de BURGER, Chief Justice. *Magna Carta and the traditon of liberty*. Us Capitol society, 1976, prefácio. Tradução livre do autor: “O conceito de devido processo abraçado por nossa Constituição remete a aproximadamente 600 anos atrás a Runnymede. É mais que um conceito técnico que permeia nossa Constituição, nossas leis, nosso sistema, e nosso modo de vida, que a cada pessoa deve ser concedido o que lhe é devido.”

⁶⁶ SILVEIRA, Paulo. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 423.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 482.

substantivo está na filtragem da norma, pelo princípio da razoabilidade, elemento ínsito ao Estado de Direito.

O princípio da razoabilidade tem como objeto, basicamente, a análise dos critérios e medidas. Trata-se de norma que determina a aplicação de outras, ou seja, pode ser classificada como *meta-norma*. Assim, individualiza o poder normativo às especificidades do caso concreto. Parte, portanto, de uma observação concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos – jamais abstrata e genérica, tal qual se compõe a estrutura material legal⁶⁸. Nesse aspecto, reforça-se a idéia de que a aplicação do direito, ao revés da formulação da lei pelo Poder Legislativo, deve ser singular e concreta.

Levando em consideração as diferentes concepções e significados do princípio da razoabilidade, o professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul Humberto Ávila propôs três acepções: razoabilidade como equidade, como congruência e como equivalência.

Na primeira proposta, pensa-se a razoabilidade por sua exigência à “*harmonização da norma geral com o caso individual*”⁶⁹. Neste prospecto, pretende-se que não sejam desconsideradas particularidades no confronto com a generalidade da norma. Em apertada síntese, pode-se dizer que a teleologia normativa (motivação finalista) indica o modo de sua incidência ao caso concreto.

Como congruência, a razoabilidade reveste-se de exigência de “*harmonização das normas com suas condições externas de aplicação*”⁷⁰. Os sentidos da norma devem estar revestidos de embasamento empírico. Ou seja, as premissas para a criação normativa devem corresponder à realidade fática. Isso se dá pela relação de congruência entre o critério escolhido pelo legislador e a medida por ele determinada.

Por fim, quanto à equivalência, a exigência razoável é de “*equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona*”⁷¹. Busca-se a equivalência dos bens em jogo, ou seja, a defesa e garantia dos direitos envolvidos. Assim, v.g., a significação jurídica de princípios conflitantes em face da determinação normativa. Por possuírem grau hierárquico-jurídico e relevância semelhante – equivalência – deve-se sobrepesar a norma de modo a estruturar o respeito aos princípios e direitos envolvidos.

A análise normativa pelo princípio da razoabilidade está sendo compreendida por parte da doutrina nacional como *devido processo legal substancial*. Busca-se o confronto da substância da regra com as peculiaridades de equidade, congruência e equivalência. Daí a

⁶⁸ O aspecto material da lei, vale lembrar, é aquele dotado pelas características de abstração e generalidade.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 103.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 106.

⁷¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 109.

atribuição do Poder Judiciário de controle substancial do conteúdo normativo por meio de critérios de razoabilidade aplicados em situações concretas.

Na mesma linha, poder-se-ia pensar o princípio da razoabilidade no ordenamento, como meio de controle substancial das normas, pelo controle difuso de constitucionalidade, uma vez que a razoabilidade é princípio de natureza basilar na estrutura sistêmica do Estado de Direito. Contudo, nessa perspectiva não haveria se falar em incidência do devido processo legal propriamente dito, porque abarcaria situações abstratas e genéricas, mas em simples controle de constitucionalidade, cujo principal substrato constitucional não estaria no inciso LIV do art. 5º, mas no art. 1º de nossa Constituição Federal – repercussão da razoabilidade no Estado de Direito. Nada impede, todavia, seja o devido processo legal evocado como fundamento secundário a se acolher a inconstitucionalidade de norma não razoável.

Atribui-se, então, ao exame da legislação no caso concreto efetivo espeque constitucional com a acolhida do devido processo legal em sua acepção substantiva. Essa percepção da normatividade expressa no art. 5º, LIV, contribui à criação de realidades mais justas e equânimes no ordenamento nacional, porquanto atribui ao Poder Judiciário instrumentos mais capazes de alcançar a justiça concreta.

3.2. *Due Procedural of Law*

Calmon de Passos fundamentou o devido processo legal em um processo sistemático, a fim de dar condições de se constituir no Estado um eficaz conduto para se buscarem justas soluções para os diversos conflitos. Está, por isso, ancorado numa idéia muito mais ampla, que é a liberdade do homem⁷². Essa liberdade é seguidamente limitada pelo Estado, o que fica claro se pensarmos no estabelecimento de novo tipo penal, no monopólio das tutelas ou na instituição normas incidentes sobre a vontade de contratar.

O devido processo legal atua, portanto, diretamente sobre o poder procedimental do Estado, coibindo a tomada de decisões de modo arbitrário, seja no âmbito do Judiciário, como também nos demais poderes. Paulo Silveira, nessa linha, o delineou como garantias vinculadas à vida, à liberdade e à propriedade, estendendo a abrangência do termo para aspectos de direito material.⁷³ Assim Laurence Tribe compreendeu a cláusula como forma de limitar o exercício de poderes e a tomada de decisões pelo Estado.

⁷² PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Advocacia – O direito de recorrer a justiça*. In Revista de Processo, Instituto brasileiro de Direito Processual Civil, São Paulo, n. 10, abr. jun. 1978, p. 33-46.

⁷³ SILVEIRA, Paulo. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 306-309.

*The element of due process analysis characterized as 'procedural due process' delineates the constitutional limits on judicial, executive and administrative enforcement of legislative or other governmental dictates or decisions.*⁷⁴

O devido processo legal sob a forma procedimental tem por viés a consecução de todas as garantias constitucionais processuais a todos os procedimentos⁷⁵. Alguns autores tais quais Calmon de Passos o delinham pelos princípios do juiz natural, acesso à justiça e contraditório⁷⁶. Para outros, significa o “*estabelecimento de regras que permitam a existência e a efetividade do processo justo, ou seja, o instrumento considerado pela sociedade politicamente organizada como a via ética, prática e adequada à solução de conflitos de interesse*”⁷⁷.

Na verdade, configura-se como garantia do indivíduo contra o uso arbitrário do Poder do Estado no desenvolver de sua atividade legislativa – respeito a forma determinadas de dicção e produção legal –, executiva – reflexo do princípio da legalidade – e judiciária – no julgamento e desenrolar do processo com respeito a seus princípios delineadores. Mostra-se por isso, como corolário da ordem democrática. Nessa concepção, vê-se a incidência do *due process of law* como regulador do conflito entre segurança jurídica e efetividade no bojo processual. Isso significa que é um direito fundamental dinâmico e indispensável à organização do sistema processual. Buscando alicerces nos direitos humanos, compõe e ampara a concretização do processo não só como instrumento da justiça, mas como integrante da relação social comunitária através da cooperação e da cidadania.

Trata-se de uma das principais expressões da cultura na ciência do Direito e a principal no campo do processo, porque agrega em si a história brasileira dos valores e princípios processuais. Não é por menos que Ada Pellegrini Grinover referiu que “*Justiça, irrepreensibilidade e 'due process of law' são conceitos históricos e relativos, cujo conteúdo pode variar de acordo com a evolução da consciência jurídica e política de um país*”⁷⁸.

Calmon de Passos, em outro sentido, asseverou que o contingente no processo são as fórmulas, procedimentos, expedientes técnicos e as valorações do conteúdo da norma pelos magistrados. Para esse autor, a estrutura sobre a qual identifica o Estado de Direito deveria se

⁷⁴ Tradução livre do autor: “o elemento de análise do devido processo caracterizado como devido processo procedimental, delinea os limites constitucionais a da execução judicial, executiva e administrativa, da legislação ou decisões de governo”. SILVEIRA, Paulo. *Op.cit.* p. 304. apud TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. New York: The Foundation Press, 1988, p. 664.

⁷⁵ CRETILLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44.

⁷⁶ PASSOS, Calmon de. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 86.

⁷⁷ CRETILLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 42

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 34.

manter íntegra e para a realização do devido processo legal.⁷⁹

A luz da compreensão do processo como elemento da cultura não podemos concordar com o conceituado doutor baiano. Lembre-se que as ideologias e valores estruturais de certa sociedade influenciam de forma tão intensa que definem a forma de construção dos paradigmas científicos. Também é salutar a lembrança de que o próprio conceito de Estado de Direito é permeado por padrões culturais essencialmente dinâmicos. O movimento do devido processo legal opera, conseqüentemente, em função de diuturnas emergências axiológicas, porque está vinculado aos valores que norteiam o Direito.

*Os valores e os interesses no mundo do direito não pairam isolados no universo das abstrações; antes, atuam no dinamismo e na dialética do real, em permanente conflito com outros valores e interesses. Certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito. Mas, acima dele, se ergue outro, também interesse público, de maior relevância: o de que o processo sirva como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser.*⁸⁰

No mesmo enfoque, deve-se conceber ao devido processo legal a amplidão de tangenciar a realidade, de modo a torná-lo efetivo e atual. Assim também a sua vinculação com a democracia. Nesse sentido, já se referia a jurisprudência americana, como se denota no caso *Anti-Facist Comittee vs. Mc Grath*, de 1951.⁸¹

Deve-se ser consciente de que a interpretação da norma não pode em momento algum ser realizada em descompasso com as realidades culturais e concretas. É justamente nessa perspectiva que se propõe enfoque ao art. 110 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Comparado com o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, a disposição do ECA –

⁷⁹ PASSOS, Calmon de. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 86.

⁸⁰ LACERDA, Galeno. *O código e o formalismo processual*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 28, p. 07-14, jul. 1983, p. 10.

⁸¹ EUA. Supreme Court. 341. US. 123, 162, 95. L. Ed. 817, 71 S. Ct. 624. Joint Anti-fascist refugee comm. Vs. McGrath. Decisão de Frankfurter, Felix, 1951. Ao decidir, o ilustre magistrado Felix Franckfurter assim pronunciou-se: “‘Due process’, unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place and circumstances. Expressing as it does in its ultimate analysis respect enforced by law for that feeling of just treatment which has been evolved through centuries of Anglo-American constitutional history and civilization, “due process” cannot be imprisoned within the treacherous limits of any formula. Representing a profound attitude of fairness between men and man, and more particularly between the individual and government, “due process” is compounded of history, reason, the past course of decisions, and stout confidence in the strength of the democratic faith which we profess. Due process is not a mechanical instrument. It is not a yardstick. It is a process. It is a delicate process of adjustment inescapably involving the exercise of judgment by those whom the Constitution entrusted with the unfolding of the process”.

Tradução livre do autor: “O devido processo, ao contrário de outras regras legais, não é um conceito técnico com um conteúdo fixo não relacionado ao tempo, ao lugar e às circunstâncias. Expressando em sua última análise o respeito outorgado pela lei do sentimento do processo justo que foi desenvolvido ao longo de séculos da história constitucional na civilização anglo-americana, o devido processo não pode ser aprisionado pelos limites de qualquer fórmula. Representando um profundo respeito à lealdade entre homens e, mais especificamente, entre o indivíduo e o governo, o devido processo é produção da história, da razão, do passado das decisões, e da confiança na força da fé democrática que professamos. O devido processo não é um instrumento mecânico. Não é um parâmetro. É um processo. É um delicado processo de ajustes pelo exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento do processo.”

“nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal” – pode, à primeira vista, parecer desnecessária, porquanto praticamente repete a regra constitucional.

O artigo que segue porém, explicita uma série de garantias processuais. Disso se deduz as suas primazias na composição do devido processo legal circunstancial proposto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. À evidência que a lista de garantias do art. 111⁸² não exclui as demais previstas no texto constitucional, notadamente relacionadas com a cláusula do *due process*.

Sob enfoque consciente e sociológico, determina-se a majoração dos pesos de princípios norteadores do devido processo legal, em face de uma circunstância diferenciadora – a vulnerabilidade do menor.

Por certo que a não reprodução pelo legislador do princípio de proibição das provas ilícitas não retira da tutela estatal a obrigatoriedade de sua inserção. Na verdade, buscou-se ali a ampliação das garantias de igualdade no processo, porque a condição de menor do acusado de cometer ato infracional exige maiores cuidados ao desenvolvimento da atividade jurisdicional. Há a adequação do conteúdo do *devido processo legal* às circunstâncias apresentadas, em prol das garantias e dos direitos fundamentais.

Repare-se que a dinâmica proposta pela lei sempre será geral e abstrata. Diverso é a aplicação pelo Poder Judiciário, específica e concreta. Somente nessa circunstância já residem argumentos suficientes para desbancar a concepção do devido processo legal como corolário do princípio da legalidade. Não caracteriza o *due process of law* o rigor formalista aos procedimentos. Pelo contrário, há de se pensar e adaptar as normas às diferentes situações trazidas ao Judiciário. Somente assim teremos um *devido processo legal* com a potencialidade de ser humano e justo.

Luhmann previniu, no mesmo sentido, sobre os perigos de se considerar os procedimentos como uma seqüência fixa de ações determinadas. Diz que a ritualização não permite a escolha, fazendo estereotipadas as ações. Com o viés de criar segurança, afastam-se da análise das conseqüências fáticas para, após, atribuí-las a outras forças⁸³.

Paulo Henrique dos Santos Lucon propõe que além da observância do procedimento

⁸² **ECA. Art. 111** – “São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir as provas necessárias à sua defesa;

III - defesa técnica por advogado;

IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento”.

⁸³ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 37.

estatuído na lei, o devido processo legal pretende a efetividade da tutela jurisdicional.⁸⁴ Trata-se aqui de instituir o devido processo legal com ótica atual, social e realista, para orientá-lo a um balanceamento equilibrado de valores e comprometido com as suas responsabilidades sociais.

*Ao se constituir em veículo, instrumento de participação popular, de participação política e democrática na economia, na administração, é relevante que se desenrole, garantindo o 'devido processo legal', mas não apenas a formal igualdade das partes, senão a real e efetiva, isto é, a substancial igualdade, graças a qual se criam os pressupostos para que se alcance não só o resultado formalmente adequado, mas a melhor e mais justa solução, eis que a idéia de Justiça real, cada vez mais, se insere concretamente na elaboração das argumentações jurídicas.*⁸⁵

O estudo do devido processo legal deve recair sobre a harmonia entre efetividade e segurança jurídica. Barbosa Moreira comenta a razão inversa no processo entre simplicidade do procedimento e extensão de garantias.⁸⁶ A dúvida já tradicional em processo civil questiona a qual vertente deve se direcionar o processo, cumprindo ao devido processo legal, face à situação material, indicar a solução. Os esforços devem estar enfocados nas perspectivas de melhor servir a tutela, ou seja, de forma ágil e sem dela extrair participação e atualidade.

Faz-se claro que a interpretação do devido processo legal como único supedâneo da segurança jurídica, pela confusão com a *legalidade*, não mais representa os anseios e as necessidades atuais. Ao contrário, mantém os padrões já defasados articulados no processo civil nos séculos XVII e XVIII. A cláusula deve ser encarada como meio de fugir de preceitos desatualizados com os padrões éticos de justiça social e igualdade.

Coloca-se, ainda, outro ponto de vital importância: a democracia pelo processo. Isso porque o *devido processo legal* tem origem na participação democrática no poder. A premissa básica para a legitimação do seu exercício pelo Estado está nas práticas de participação popular, que deve se dar também pela atuação em juízo. A faculdade de intervir nas estruturas de poder é suma importância, tanto que parte crescente e conceituada da doutrina pensa processo como *um procedimento com participação dos sujeitos interessados*.⁸⁷

Historicamente, a participação no processo judicial é relacionada ao princípio do contraditório. O marco inicial ao desenvolvimento do devido processo legal foi justamente o

⁸⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. In TUCCI, José Rogério Cruz e (org.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 100.

⁸⁵ CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. *Em face das inovações do Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. In Revista da Ajuris, n.51, 1991, p. 124.

⁸⁶ MOREIRA, Barbosa. *Miradas sobre o processo civil contemporâneo*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 65, p. 92-108, nov. 1995.

⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 83.

direito de ser ouvido. Por determinar a participação popular no exercício do poder soberano, o contraditório é instrumento indispensável do Estado Democrático do Direito, “na medida em que permite às partes a efetiva participação na formação do provimento jurisdicional”⁸⁸ Não é efetivo com a simples citação, mas sim com faculdade efetiva do litigante de participar para provar, argumentar, esclarecer e convencer.⁸⁹ Nesse sentido, somam-se as mais recentes teorias acerca do contraditório cooperativo⁹⁰.

Dá a correlação inafastável entre devido processo legal e democracia. Note-se que o conceito e abrangência do estudado instituto dinamizaram-se de modo a captar outras garantias processuais que não só ligadas ao direito de defesa. Assim o princípio do acesso à justiça, que conjuntamente com o contraditório compõe os aspectos principais de democratização do processo judicial.

Niklas Luhmann, na mesma vereda, considerou que a observância do procedimento e o resguardo de níveis de participação efetiva e equilibrada é o que legitima socialmente a decisão e o exercício do poder pelo Estado.⁹¹ Manifesta-se o *devido processo legal* como legitimador do exercício de poder por meio de participação ativa ou pela simples concessão desta faculdade ao subjugado.

A boa realização do processo não está presente unicamente na convicção rápida e apressada do juízo, mas também na participação e criação de realidades justas e democráticas pelos sujeitos envolvidos. Disso decorre uma compreensão inteligente de devido processo legal como justo, ou seja: eficiente, seguro, adequado, participativo, consciente, célere e atual.

Referências Bibliográficas.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. *Em face das inovações do Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. In Revista da Ajuris, n.51, 1991.

⁸⁸ LUMMERTZ, Henry Gonçalves. *O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 48.

⁸⁹ PASSOS, Calmon de. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*. In Revista da AJURIS, n. 25, p. 133.

⁹⁰ A respeito, ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 90, p. 55-84, jun. 2003 e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do Contraditório*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (org.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 132-150, 1999.

⁹¹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

- CASTO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- COUTURE, Eduardo. *Las garantías constitucionales del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRINNOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- LACERDA, Galeno. *O código e o formalismo processual*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 28, p. 07-14, jul. 1983.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. In TUCCI, José Rogério Cruz e (org.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- LUMMERTZ, Henry Gonçalves. *O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004
- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due process of law*. In Revista da Ajuris, n. 61, 1994
- MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas-corpus*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972
- MOREIRA, Barbosa. *Miradas sobre o processo civil contemporâneo*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 65, p. 92-108, nov. 1995
- MOTTA, Cristina Reindolff da. *Due Process of Law*. In PORTO, Sergio Gilberto (org). *As garantias do cidadão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003
- NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, 2 v.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 90, p. 55-84, jun. 2003
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do Contraditório*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (org.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 132-150, 1999.
- PASSOS, Calmon de. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1981
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Advocacia – O direito de recorrer a justiça*. In Revista de Processo, Instituto brasileiro de Direito Processual Civil, São Paulo, n. 10, abr. jun. 1978.

- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional: princípios constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990
- SILVEIRA, Paulo. *Devido Processo Legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Princípios Gerais do Direito Processual Civil*. In Revista da Ajuris, n. 34.
- WAMBIER; Luiz Rodrigues (org). *Curso Avançado de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.